



Provedor de Justiça

**Relatório à
Assembleia
da República
2004**

**Lisboa
2005**

Título – Relatório à Assembleia da República – 2004
Editor – Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação
Composição, impressão e acabamento – Tipografia Guerra
Tiragem – 400 exemplares
Depósito legal – 232956/2005
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. 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 2004.

O Provedor de Justiça,

H. Nascimento Rodrigues

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO

I. ACTIVIDADE PROCESSUAL

1. DADOS ESTATÍSTICOS

- 1.1. Quadros e gráficos. Comentário estatístico 5
- 1.2. Participação internacional. Visitas de entidades estrangeiras 41

2. SITUAÇÕES RELEVANTES

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

- 2.1.1. Introdução 47
- 2.1.2. Recomendações 67
- 2.1.3. Processos anotados 114
- 2.1.4. Pareceres 129
- 2.1.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . . 153

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

- 2.2.1. Introdução 291
- 2.2.2. Recomendações 296
- 2.2.3. Processos anotados 302
- 2.2.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . . 333



2.3.	Assuntos sociais: trabalho, segurança social, saúde, habitação social.	
2.3.1.	Introdução	409
2.3.2.	Processos anotados	436
2.3.3.	Pareceres	480
2.3.4.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . .	486
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	545
2.4.2.	Recomendações	558
2.4.3.	Processos anotados	610
2.4.4.	Pareceres	621
2.4.5.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . .	640
2.5.	Assuntos judiciais; defesa nacional; segurança interna e trânsito; registos e notariado.	
2.5.1.	Introdução	705
2.5.2.	Processos anotados	709
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	715
2.6.2.	Recomendações	727
2.6.3.	Processos anotados	772
2.6.4.	Pareceres	804
2.6.5.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . .	840
2.7.	Unidade de projecto – menores, mulheres, idosos, cidadãos com deficiência.	
2.7.1.	Introdução	863
2.7.2.	Processos anotados	877

2.7.3.	Linha verde “Recados da criança”	884
2.7.3.1.	Fichas e processos anotados	884
2.7.3.2.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública .	890
2.7.4.	Linha do Cidadão Idoso	898
2.7.4.1.	Fichas e processos anotados	898
2.7.4.2.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública .	904
2.8.	Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma dos Açores.	
2.8.1.	Introdução	911
2.8.2.	Recomendações	915
2.8.3.	Processos anotados	946
2.8.4.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública .	951
2.9.	Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma da Madeira.	
2.9.1.	Introdução	979
2.9.2.	Processos anotados	982
2.9.3.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública .	984
3.	PEDIDOS DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE	
3.1.	Pedidos de fiscalização da constitucionalidade e rejeição de queixas sobre inconstitucionalidade	989
3.2.	Acórdãos do Tribunal Constitucional proferidos em resposta a iniciativas do Provedor de Justiça (mapa)	1048
II.	ACTIVIDADES DE GESTÃO	
1.	Recursos financeiros	1053
2.	Recursos humanos	1055
3.	Relações públicas	1061
4.	Actividade editorial	1065



III. ÍNDICES DE RECOMENDAÇÕES

1.	Sistemático	1071
2.	Numérico	1073
3.	Cronológico de processos	1074
4.	Por entidades visadas	1075





Introdução

1. Começo por assinalar que, em 2004, a instituição organizou 5.784 processos (5.310 de queixas novas e 474 de queixas reabertas, relacionados com processos anteriormente arquivados). Em 2003, tinham sido abertos 4.688 processos de queixas novas e reabertos 425 processos (total de 5.113 processos).

Como expliquei no Relatório à Assembleia da República referente a 2003, introduziu-se a partir desse ano uma importante alteração classificatória, conducente à não contabilização como processos de queixas daquelas que tivessem o mesmo objecto de outra já recebida e organizada em processo (cfr. págs. 13-14 daquele Relatório). Como conse-



quência dessa alteração de critério, advertiu-se para a forte probabilidade de se verificar uma sensível diminuição, a partir daí, do volume anual de processos computados em função do novo critério.

Tal não veio a verificar-se em 2003, em grande parte devido ao acréscimo de queixas advenientes do extinto Defensor do Contribuinte, transitadas para o Provedor de Justiça (478 processos), o que então se considerou como circunstância específica.

Em 2004, porém, não se registou qualquer circunstância atípica. E, por isso, o aumento de 5.113 para 5.784 processos (abertos pela primeira vez e reabertos) constitui um assinalável acréscimo. Como se releva no “comentário estatístico” deste Relatório, trata-se “*do crescimento anual mais pronunciado desde 1996*”, ano a partir do qual se evidencia um “salto” significativo no volume anual de queixas recebidas pelo Provedor de Justiça. Esta conclusão só pode ser entendida se se tiver presente a já assinalada eliminação de cômputo de queixas repetidas, ou “em cascata”, que sempre foram contabilizadas nas estatísticas anuais, constantes dos Relatórios até 2002.

2. Os assuntos sociais (vd. Quadro 10) mantêm primazia no acervo da tipologia de queixas, representando 18,9% do volume destas e traduzindo um acréscimo de 35% relativamente ao mesmo tipo de queixas recebidas em 2003 na Área 3. Contudo, como se assinala na introdução da Área instrutória correspondente (cf. 2.3.1.), “não se encontra um fundamento especial que justifique este acréscimo”. De notar, em todo o caso, que 76% dos assuntos nela tratados relevam dos diferentes regimes da segurança social e só 15% se reportam a matérias conexonadas com o sistema de saúde.

Seguem-se as queixas sobre assuntos fiscais e direitos dos consumidores (17,4% do total), fundamentalmente. É curioso observar (cf. 2.2.1.) que, embora também aqui se registre um aumento sensível do volume de queixas, não se vislumbram, porém, razões especiais que o provoquem. É um facto, em todo o caso, que nos anos de 2003 e 2004 se assistiu a um aumento considerável na tipologia de queixas tratadas na Área 2,

por comparação com as matérias tratadas noutras Áreas da Provedoria de Justiça. Ver-se-á, no futuro, se esta é uma tendência episódica, ou se, ao contrário, traduz um melhor conhecimento e “apetência” dos contribuintes e dos consumidores pelo recurso ao Provedor de Justiça.

A Área 6 revela também um aumento muito sensível de queixas recebidas (passa de 10,7% do total, em 2003, para 16,1% neste ano). Trata-se de uma Área muito heterogénea (cf. 2.6.1.), em que sobrelevam, pelo volume, as queixas referentes a assuntos penitenciários, à educação e ao regime de entrada e permanência de estrangeiros, estes últimos com fortes acréscimos, provavelmente originados pela difusão de folhetos informativos sobre o Provedor de Justiça, dedicados particularmente aos imigrantes, e distribuídos pelos Centros Nacionais e Locais de Apoio ao Imigrante, com o apoio do Alto Comissário para a Imigração e Minorias Étnicas.

Enfim, a Área 1 revela, ainda que com aumento absoluto de queixas, estabilidade percentual face a 2003; a Área 4 (função pública), que tradicionalmente detinha, com a dos assuntos sociais, patamares elevados de queixas, acusa regressão percentual (embora, ela também, com maior volume de queixas por comparação com o ano anterior); e a Área 5 regressa a níveis usuais, uma vez resolvidos acréscimos pontuais de queixas originadas, sobretudo, por reclamantes residentes no ex-Estado da Índia, cujos contornos são conhecidos.

3. Às 5.784 queixas deste ano correspondem 8.081 reclamantes (14.140 em 2003). Com a alteração classificatória introduzida em 2003, a que acima aludi, as variações no volume anual de queixas passaram a não estar empoladas por “ondas” circunstanciais de conjuntos de reclamações. Em contrapartida, passou a tentar-se apurar o número de queixosos, distinguindo-o, assim, do volume de processos anualmente organizados. É natural, por isso, que este não corresponda àquele; como será natural que, em cada ano, se observem flutuações significativas no número de reclamantes (pense-se numa queixa do tipo de “abaixo-assinado”, ou nas queixas “em cascata”).

- Os reclamantes de 2004 continuam a ser, predominantemente, pessoas singulares (93,8% do total), o que compagina com a natureza nuclear do Provedor de Justiça enquanto defensor dos direitos do cidadão. Mas, dos reclamantes individuais, 38% são, neste ano, mulheres, o que representa um aumento não de todo despiciendo relativamente a anos anteriores (34,5% em 2003; 34% em 2001 e 2002). Não sei se este aumento de participação das mulheres no recurso ao Provedor de Justiça vai manter-se.
4. O nível de pendência anual – vector a que atribuí sempre primazia de atenção – manteve-se muito satisfatório: 3.441 processos contra 3.396 em 2003, não obstante o significativo aumento de queixas verificado neste ano. Deve ter-se presente, porém, que neste número se incluem os antigos “processos apensos” (cf. o gráfico “Evolução do número total de processos pendentes”). Se nos reportarmos apenas aos processos principais, de que dependem os “apensos”, constatamos que o verdadeiro nível de pendência é de 2.650 processos. Isto traduz um esforço consistente de boa gestão instrutória, que devo aos meus colaboradores.
 5. O segundo vector de preocupação na minha acção centrou-se sempre na celeridade a imprimir à conclusão das queixas recebidas. Ora, sob este ponto de vista, regista-se que 71% dos processos organizados em 2004 foi encerrado no prazo de um ano ou menos e que 88% dos processos arquivados em 2004 tiveram duração introdutória também inferior a um ano. Também deste ponto de vista se registou uma eficiência assinalável.
 6. Estes índices foram obtidos sem prejuízo para os resultados atinentes às taxas de resolução e de sucesso no tratamento das queixas (cf. Quadro 9), que se situaram, respectivamente, em 79% e em 76,8%.
 7. Quanto à proveniência geográfica das queixas, observa-se que os distritos de Lisboa, Porto e Setúbal são os que, em termos absolutos, registam maior volume de reclamações; em contrapartida, os distritos de Beja, Portalegre e Guarda – e nisto não há surpresa – originam um volume muito reduzido de reclamações.

Procurando contrariar estas tendências, derivadas da interioridade e das disparidades regionais sócio-económicas, tenho procurado difundir informação aos cidadãos destas zonas, através de folhetos explicativos das possibilidades de intervenção do Provedor de Justiça na defesa dos seus direitos (foram lançados 150.000 folhetos através das *Lojas do Cidadão* e, por correio, em zonas do interior do País).

8. Emiti 24 Recomendações, das quais quase metade (11) foram normativas, ou legislativas. Foram acatadas 10, não acatadas 3, aguardando as restantes respostas, que, na maioria dos casos, em muito excedem já os prazos legalmente estabelecidos. Isto significa que não são apenas as Administrações a revelar morosidade incompreensível na resposta ao Provedor de Justiça; em muitos casos, os próprios membros do Governo, destinatários das Recomendações, em particular as legislativas, inobservam flagrantemente o dever de resposta no prazo legalmente fixado. É lamentável.
9. Quero assinalar a criação de uma *Unidade de Projecto*, que passou a coordenar as Linhas *Recados da Criança* e do *Cidadão Idoso* e a tratar das questões específicas de mulheres, menores, cidadãos deficientes e idosos. Trata-se de um sector ainda embrionário (cf. 2.7.) – ressalvada a actuação das duas Linhas de atendimento telefónico – de que só gradualmente se pode esperar um âmbito mais vasto de intervenção, à medida, também, em que melhor for conhecido.
10. Os relatórios anuais passaram a incluir, a partir de 2001, uma “introdução” por Área temática, das Extensões nos Açores e na Madeira e, agora, da recém-criada “Unidade de Projecto”.

A par do tradicional “comentário estatístico”, essas introduções temáticas intentam emprestar alguma visão de conjunto às intervenções da Provedoria de Justiça nas diferentes vertentes da sua actuação. As mais significativas estão inseridas no corpo principal do Relatório, espelhando um labor que, muitas vezes, passa despercebido, mas que estou convicto manter-se sempre útil ao cidadão e proveitoso para a boa administração dos seus direitos.

11. Não posso deixar de assinalar, enfim, que se procurou incentivar o contacto directo com reclamantes e entidades públicas visadas nas queixas. Assim, 144 deslocações, visitas e contactos externos foram realizados e 285 reuniões internas tiveram lugar com reclamantes e representantes dos poderes públicos envolvidos nos processos de queixa.

Simultaneamente, foi efectivada uma inspecção aos lares de idosos da Região Autónoma dos Açores; uma inspecção aos quatro estabelecimentos prisionais militares existentes; várias visitas a estabelecimentos prisionais civis; e uma inspecção ao Conselho Nacional e às Comissões Regionais da Reserva Agrícola Nacional. Os resultados destas inspecções estarão disponíveis no próximo ano.

Também foi preparado e publicado um estudo sobre *O Provedor de Justiça e a Reabilitação Urbana*, que constituiu importante contributo para o regime legal das sociedades de reabilitação urbana, publicado neste ano.

Creio que isto corresponde ao meu compromisso de manter um elevado grau de eficiência e eficácia no tratamento das queixas dos cidadãos e, simultaneamente (sem aumento do quadro de colaboradores), abrir horizontes de investigação e de percepção de realidades jurídico-sociais a que o Provedor de Justiça não pode ser alheio.

H. Nascimento Rodrigues



I.

ATIVIDADE PROCESSUAL



1.

DADOS ESTATÍSTICOS

1.1. Quadros e gráficos

A - Quadros

Quadro 1

Reclamantes em 2004

Pessoas singulares	7584
Pessoas colectivas	497
Total de reclamantes	8081

Quadro 2

Número de processos organizados

Por queixa escrita	4284
Por queixa verbal	397
Por queixa por via electrónica	605
Por iniciativa do Provedor	24
Total de processos abertos	5310
Processos reabertos	474
Total de processos organizados	5784

Quadro 3

Número de processos em instrução

Processos principais que transitaram de 1990 a 1998	57
Processos principais que transitaram de 1999	37
Processos principais que transitaram de 2000	70
Processos principais que transitaram de 2001	151
Processos principais que transitaram de 2002	395
Processos principais que transitaram de 2003	1778
Processos apensos anteriores a 2004*	908
Soma dos processos anteriores a 2004	3396
Processos reabertos em 2004	474
Processos organizados em 2004	5310
Total de processos em instrução	9180

* Inclui 12 processos, anteriores a 2003, que passaram de principais a apensos em 2004

Quadro 4

Número de processos arquivados

Processos principais transitados de 1990 a 1998	23
Processos principais transitados de 1999	12
Processos principais transitados de 2000	31
Processos principais transitados de 2001	68
Processos principais transitados de 2002	192
Processos principais transitados de 2003	1249
Processos apensos anteriores a 2004	117
Soma dos processos anteriores a 2004	1692
Processos reabertos em 2004	410
Organizados em 2004	3637
Total de processos arquivados	5739

Quadro 5

Número de processos pendentes em 31 de Dezembro

Processos principais transitados de 1990 a 1998	34
Processos principais transitados de 1999	25
Processos principais transitados de 2000	39
Processos principais transitados de 2001	83
Processos principais transitados de 2002	203
Processos principais transitados de 2003	529
Processos apensos anteriores a 2004	791
Soma dos processos anteriores a 2004	1704
Processos reabertos em 2004	64
Organizados em 2004	1673
Total de processos pendentes	3441

Quadro 6

Resumo do movimento de processos

Total de processos organizados	5784
Total de processos em instrução	9180
Total de processos arquivados	5739
Processos organizados e arquivados em 2004	*4047
Processos pendentes em 31 de Dezembro	3441
Processos principais pendentes em 31 de Dezembro	2650

* Representando 69,9% do total de processos organizados

Dados estatísticos



Quadro 7

Recomendações e pedidos de declaração de inconstitucionalidade

Recomendações	*24
Pedidos de declaração de inconstitucionalidade	2

* Sendo 11 normativas /genéricas

Quadro 8

Motivos de arquivamento

A	Arquivamento liminar		830	14,5%
B	Falta de fundamento		1906	33,2%
C	Encaminhamento		398	6,9%
D	Resolvido com intervenção essencial do Provedor	Com recomendação (acatada)	84	1,5%
E		Sem recomendação	1684	29,3%
F	Resolvido sem intervenção essencial do Provedor		243	4,2%
G	Não resolvido	Com recomendação (não acatada)	11	0,2%
H		Sem recomendação	353	6,1%
I		Desistência da queixa	171	3,0%
J	Arquivamento por formulação de pedido de DI/VI		6	0,1%
K	Arquivamento por motivos administrativos		53	0,9%



Quadro 9

Rácios de eficácia da intervenção do Provedor

Taxa de estudo	$(TPO - A - K) / TPO$	85%
Taxa de resolução	$(D+E+F+J) / [TPA - (A+B+C+K)]$	79%
Taxa de sucesso	$(D+E+J) / [TPA - (A+B+C+F+K)]$	77%

* TPO – Total de processos organizados

* TPA – Total de processos arquivados

Evolução entre 2000 e 2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Taxa de estudo	88,7%	88,1%	82,1%	86,0%	84,7%
Taxa de resolução	80,6%	79,7%	83,9%	83,1%	79,0%
Taxa de sucesso	75,5%	71,2%	81,0%	79,4%	76,8%

Quadro 10

Distribuição dos processos

ÁREA 1 Ambiente e recursos naturais; urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas; lazeres.	633	12,8%
ÁREA 2 Assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação pública e direito dos consumidores.	857	17,4%
ÁREA 3 Assuntos sociais: trabalho, segurança social, saúde e habitação social.	933	18,9%
ÁREA 4 Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança.	743	15,1%
ÁREA 5 Assuntos judiciais; defesa nacional, segurança interna e trânsito; registos e notariado.	784	15,9%
ÁREA 6 Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência; comunicação social e desporto.	791	16,1%
Extensão da Provedoria de Justiça na R. A. Açores	128	2,6%
Extensão da Provedoria de Justiça na R. A. Madeira	36	0,7%
UNIDADE DE PROJECTO Direitos dos menores, das mulheres, idosos e cidadãos com deficiência, Linha Verde Recados da Criança e Linha do Cidadão Idoso.	22	0,4%

Resumo

Distribuídos pelas áreas funcionais	4927	85,1%
Não distribuídos às áreas (por arquivamento liminar e outros motivos)	857	14,9%
Total	5784	-

Quadro 11

Entidades visadas nos processos

I – Administração Central	
Governo	32
Presidência do Conselho de Ministros*	9
Ministério da Administração Interna	434
Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas	37
Ministério da Ciência, Inovação e Ensino Superior	18
Ministério da Cultura	5
Ministério da Defesa e dos Assuntos do Mar	66
Ministério da Educação	392
Ministério da Justiça	536
Ministério da Saúde	201
Ministério da Segurança Social e do Trabalho	59
Ministério da Segurança Social, da Família e da Criança	2
Ministério das Actividades Económicas e do Trabalho	29
Ministério das Cidades, Administração Local, Habitação e Desenvolvimento Regional	61
Ministério das Finanças e da Administração Pública	752
Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações	18
Ministério dos Negócios Estrangeiros	65
Total	2716

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

Dados estatísticos

II – Administração Indirecta e Autónoma	
Institutos públicos*	592
Sector empresarial do Estado	107
Associações públicas	47
Universidades	39
Institutos politécnicos	21
Concessionários	160
Outras entidades	3
Total	969

* Excluindo escolas e hospitais

III – Administração Regional		
Açores	Administração directa	58
	Administração indirecta	7
Madeira	Administração directa	10
	Administração indirecta	4
Total		79

IV – Administração Local	
Governos civis	18
Juntas distritais	0
Assembleias distritais	0
Federações de municípios	2
Municípios	720
Empresas municipais e serviços municipalizados	64
Freguesias	63
Total	867

V – Entidades independentes e outras	
Presidência da República	1
Assembleia da República	26
Provedoria de Justiça	0
Conselhos Superiores de Magistratura	1
Tribunais	466
Ministério Público	50
Comissão Nacional de Eleições	3
Partidos políticos	0
Outras entidades independentes	17
Outras entidades públicas	3
Total	567

VI – Entidades particulares e estrangeiras	
Sindicatos	3
Bancos	54
Seguradoras	47
Estabelecimentos de ensino	8
Estabelecimentos de saúde	1
Outras sociedades comerciais	96
Outras entidades particulares	126
Entidades estrangeiras	5
Total	340



Quadro 12

Características das queixas

A) Caracterização dos reclamantes

I - Pessoas singulares por género	
Sexo feminino	2109
Sexo masculino	3446
Sem recolha de informação individualizada	2029
Total	7584

II – Queixas colectivas	
Associações	106
Associações profissionais	44
Comissões de residentes	42
Comissões de trabalhadores	38
Entidades públicas	48
Partidos políticos	12
Sindicatos e Associações sindicais	116
Sociedades	80
Outros	11
Total	497



B) Origem geográfica das queixas

I - Distritos	
Aveiro	180
Beja	43
Braga	206
Bragança	50
Castelo Branco	58
Coimbra	190
Évora	71
Faro	151
Guarda	36
Leiria	149
Lisboa	1839
Portalegre	43
Porto	796
Santarém	276
Setúbal	352
Viana do Castelo	102
Vila Real	56
Viseu	123
Total	4721

II – Regiões Autónomas	
Açores	138
Madeira	75
Total	213

Dados estatísticos

III – Estrangeiro e origem não identificada	
União Europeia	55
Estados lusófonos, Macau e ex-Estado da Índia	148
Outros países estrangeiros	34
Total com origem no estrangeiro	237
Origem não identificada	139
Total	376

Quadro 13

Queixas por habitante

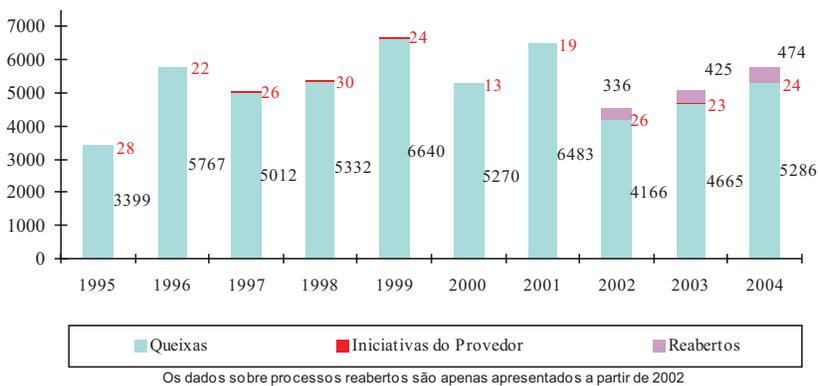
Origem geográfica dos cinco maiores valores

	2000	2001	2002	2003	2004
1.º	Açores	Lisboa	Lisboa	Lisboa	Lisboa
2.º	Lisboa	Açores	Açores	Açores	Santarém
3.º	Santarém	Coimbra	Évora	Coimbra	Açores
4.º	Madeira	Portalegre	Coimbra	Setúbal	Porto
5.º	Setúbal	Castelo Branco	Porto	Santarém	Setúbal

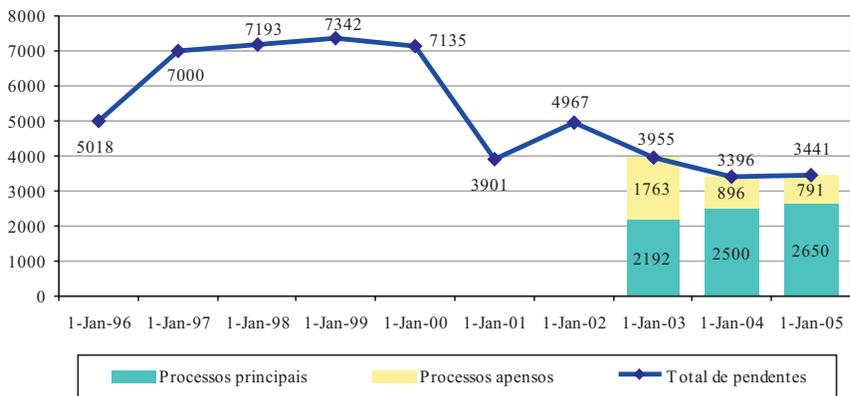


B - Gráficos

Processos organizados

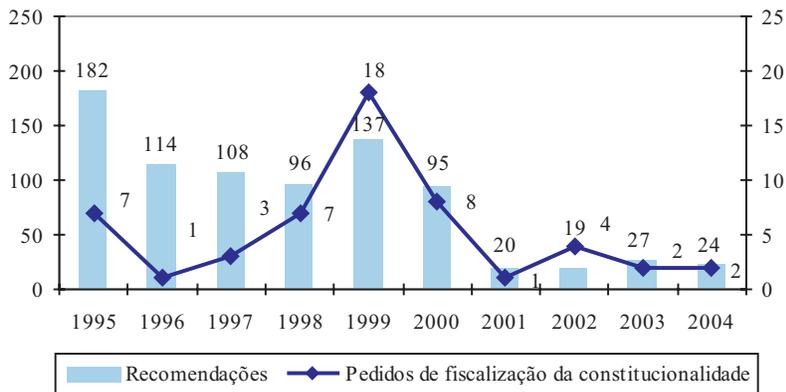


Evolução do número total de processos pendentes

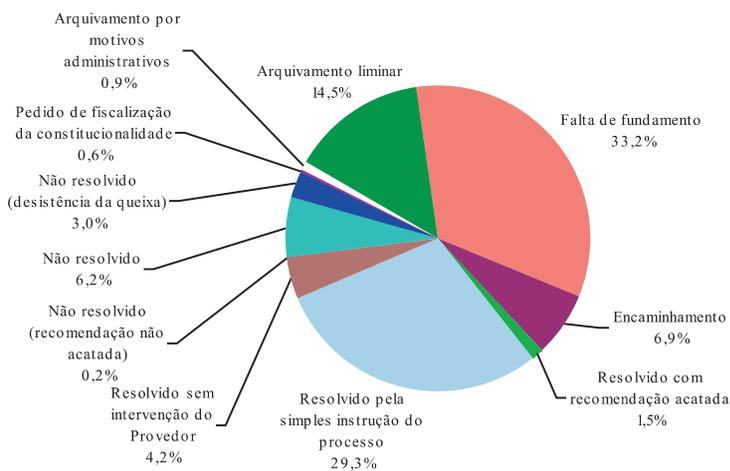


Dados estatísticos

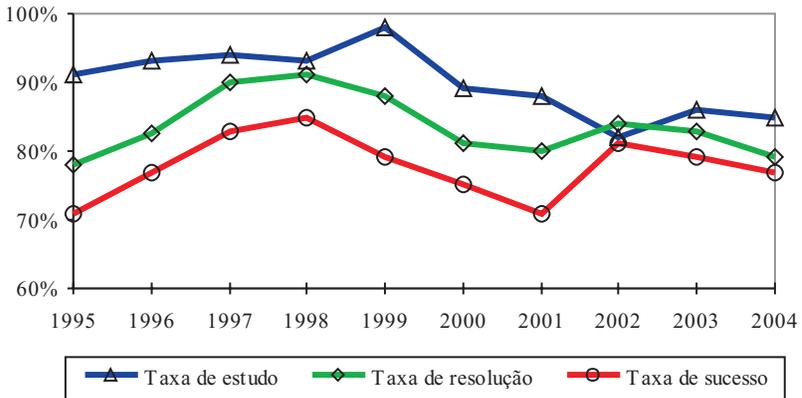
Recomendações e pedidos de fiscalização da constitucionalidade formulados



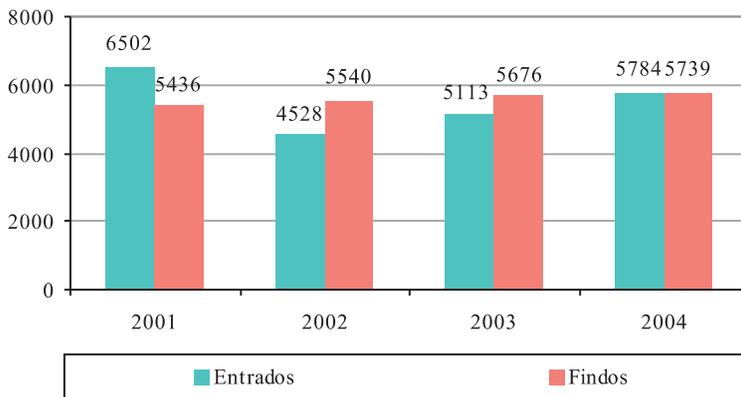
Motivos de arquivamento



Evolução dos rácios



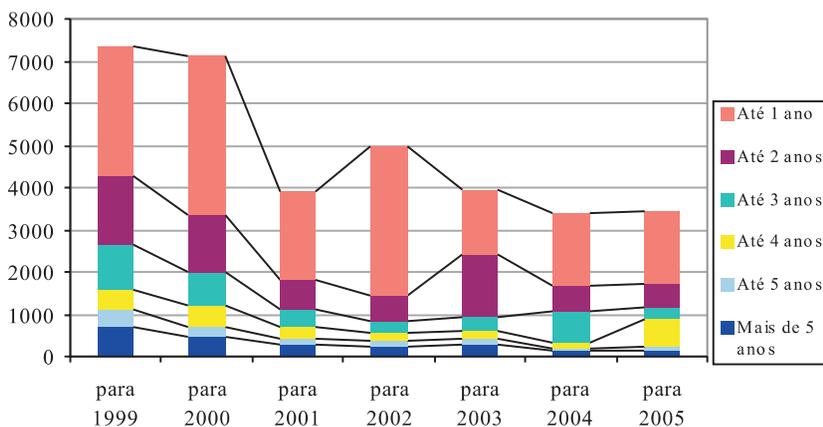
Processos entrados e findos



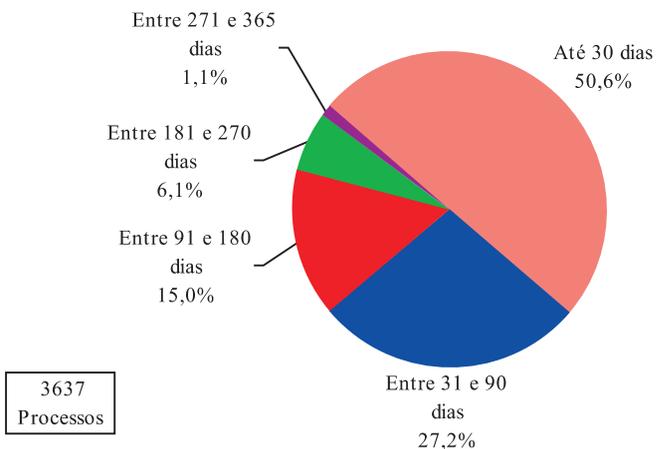
Os totais de processos entrados em 2002 a 2004 incluem os processos reabertos em cada ano

Dados estatísticos

Processos transitados de ano por prazo de pendência

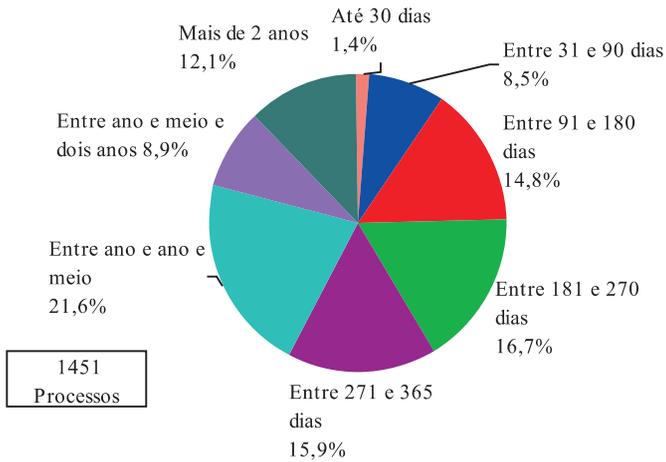


Duração dos processos principais entrados e arquivados em 2004

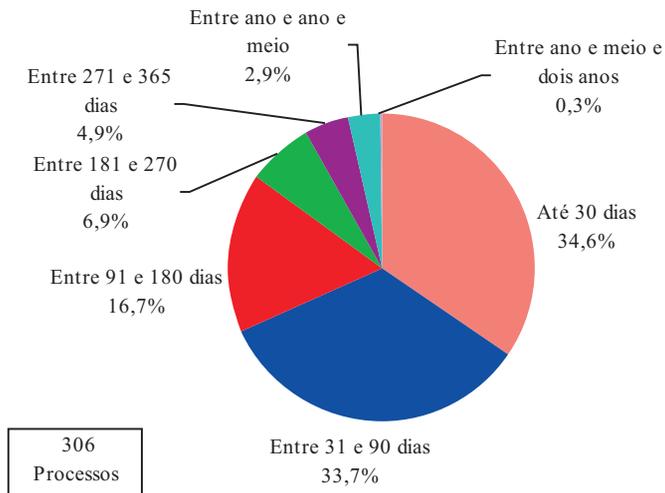




Duração dos processos principais abertos antes de 2004 com primeiro arquivamento neste ano

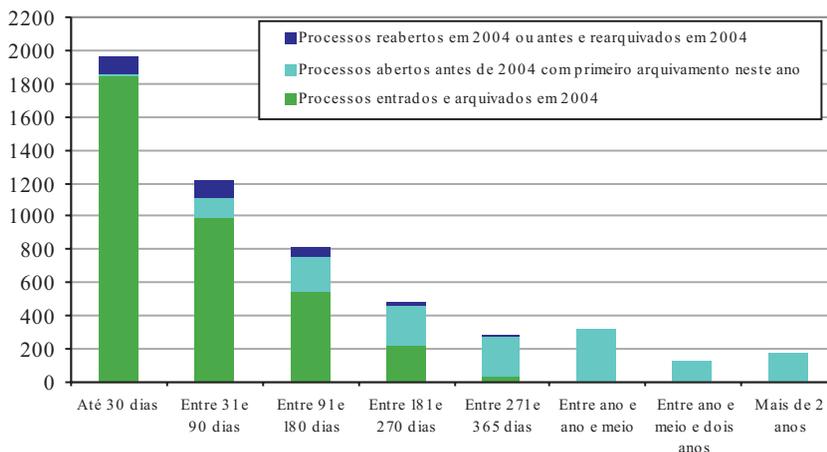


Duração dos processos principais reabertos em 2004 ou antes e rearquivados em 2004

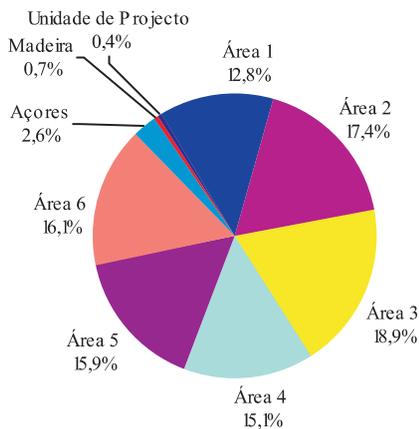


Dados estatísticos

Duração dos processos principais arquivados em 2004 (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.

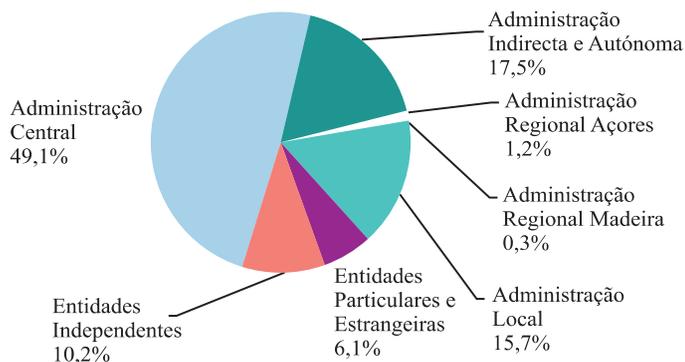
Área 4: Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança.

Área 5: Assuntos judiciais, defesa nacional, segurança interna e trânsito; registos e notariado.

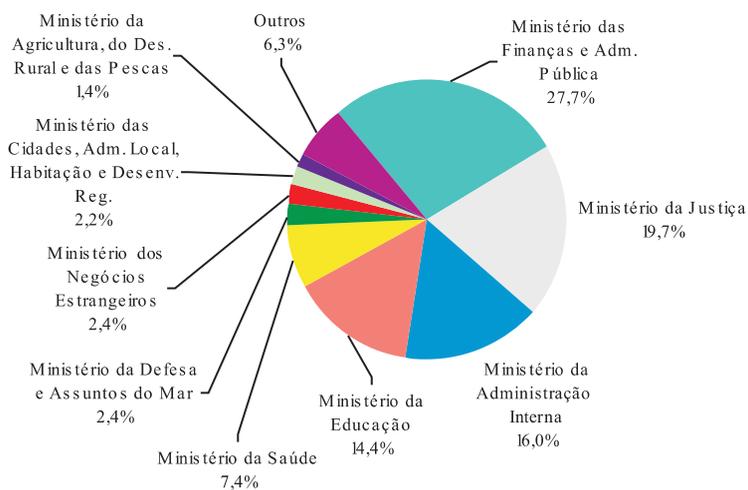
Área 6: Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência; comunicação social e desporto.

Unidade de Projecto: Direitos dos menores, das mulheres, idosos e cidadãos com deficiência, Linha Verde Recados da Criança e Linha do Cidadão Idoso.

Entidades visadas nas queixas

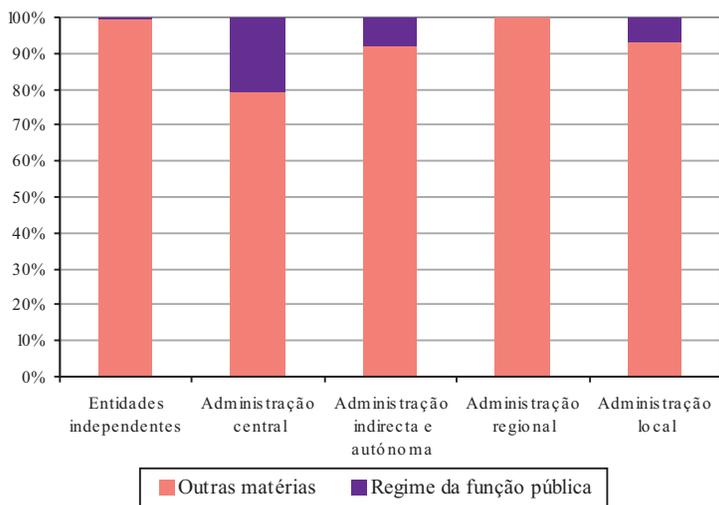


Distribuição das queixas por ministério

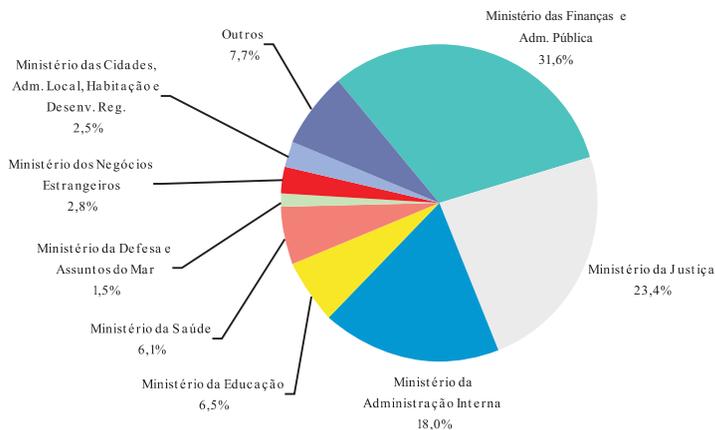


Dados estatísticos

Peso das queixas sobre matéria de regime da função pública

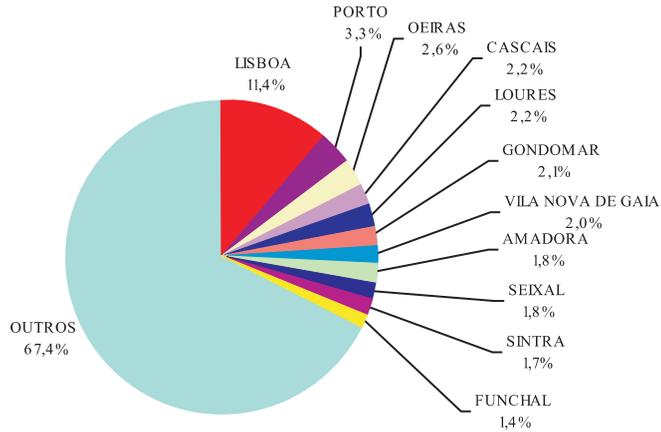


Distribuição das queixas por ministério (excluindo as queixas sobre regime da função pública)

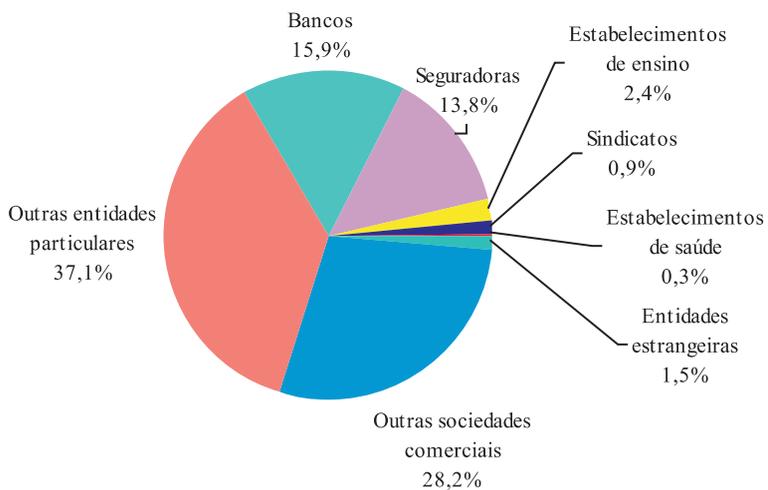




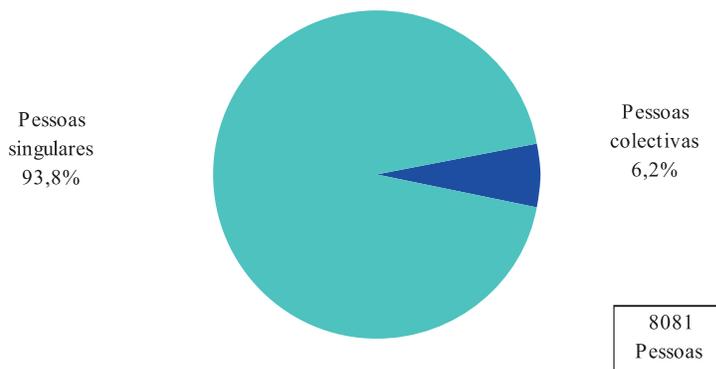
Distribuição das queixas por município



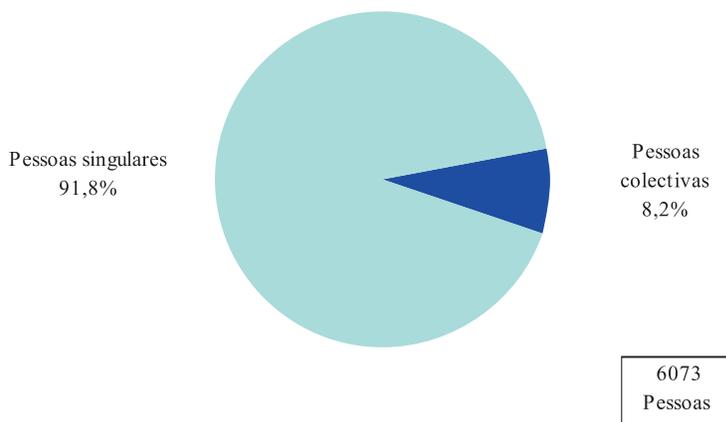
Queixas contra entidades particulares e estrangeiras



Natureza dos reclamantes

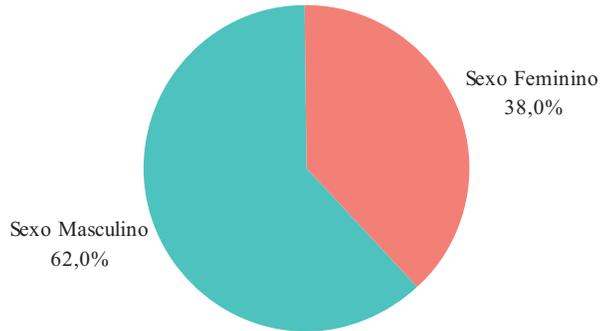


Natureza dos primeiros reclamantes em processos abertos

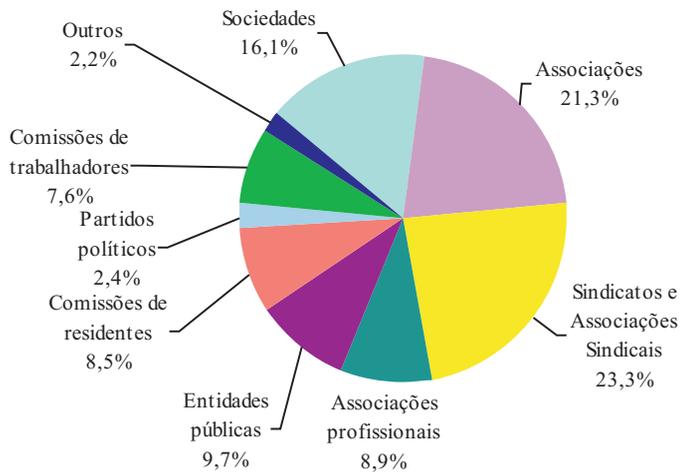




Reclamantes individuais por género

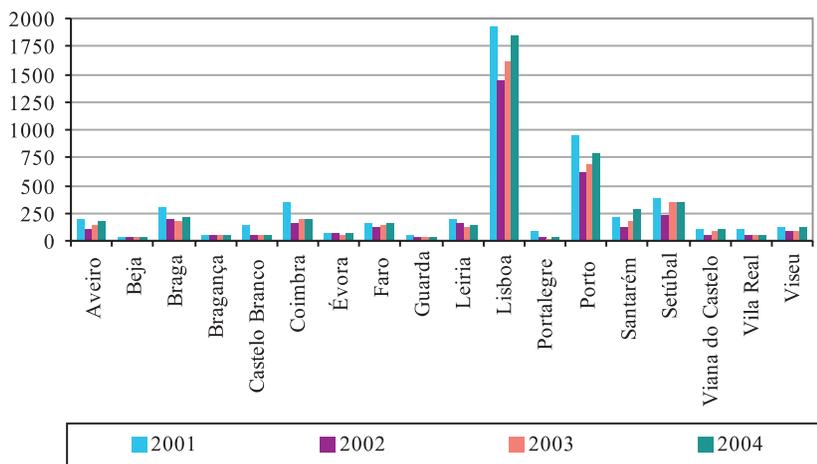


Tipo de pessoa colectiva reclamante

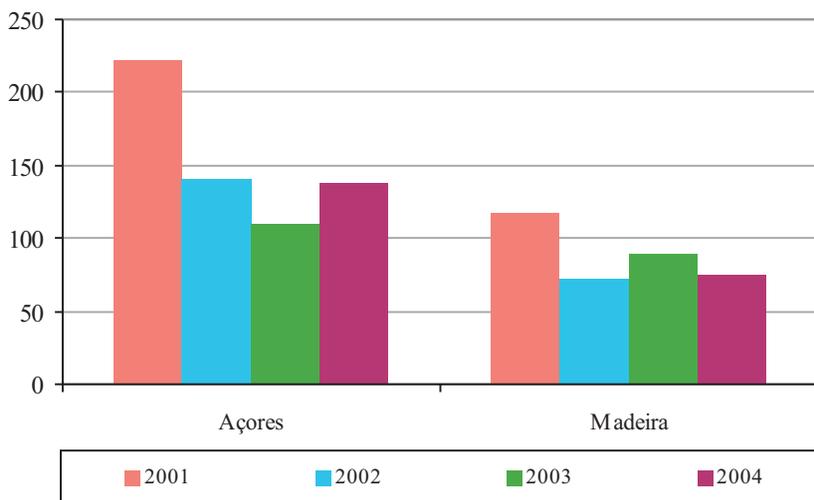


Dados estatísticos

N.º de reclamações por distritos do continente

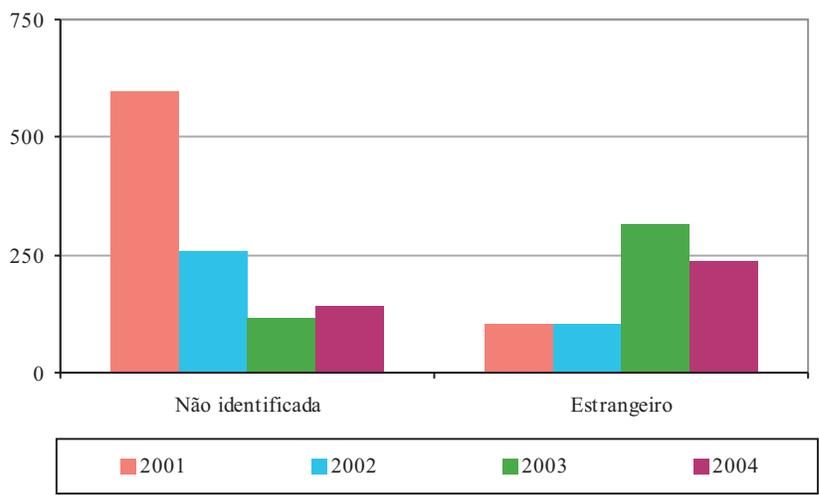


N.º de reclamações nas regiões autónomas

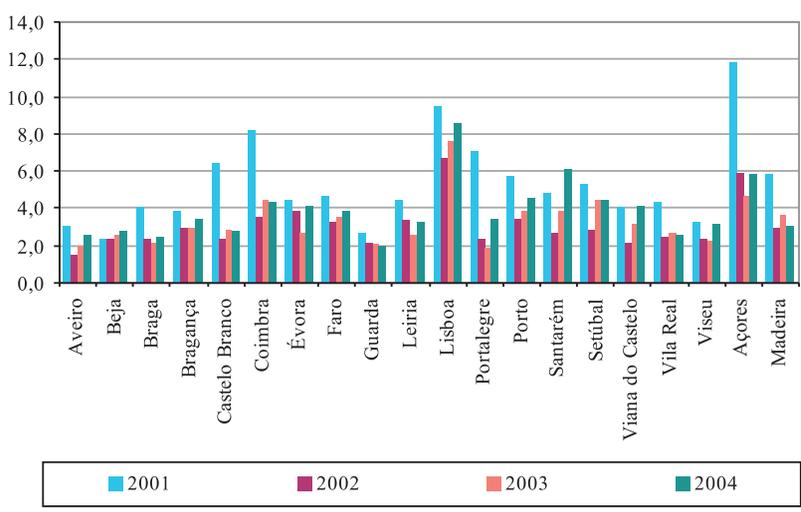




N.º de reclamações não identificadas e estrangeiro



Queixas por 10 000 habitantes: distritos e regiões autónomas



C. Comentário estatístico

1. Relembro, em primeiro lugar, que no início de 2003 se principiou a integrar num mesmo processo todas as reclamações que, incidindo sobre o mesmo objecto, tinham instrução comum e podiam ser decididas conjuntamente.

Tal resultou em dotar a categoria dos processos apensos de carácter residual, a extinguir-se quando se arquivem os respectivos processos principais, abertos ainda em 31 de Dezembro de 2003.

Concomitantemente, surgiu a necessidade de evidenciar o real número de pessoas que recorrem em cada ano ao Provedor de Justiça, contabilizando-o efectivamente, sem que o modo de apresentação da queixa ou a identidade do seu objecto com a de outrem influenciasse tal medida.

2. Em 2004 recorreram ao Provedor de Justiça 8081 reclamantes, ou seja, menos 6059 que no ano anterior, numa quebra de 43%.

Este dado torna-se menos significativo se se atentar que para o resultado de 2003 contribuiu uma única reclamação subscrita por cerca de 5400 cidadãos. Naturalmente que aqui se mostra, ainda e sempre, uma margem de contingência no registo dos dados e na sua interpretação, que não se configura como facilmente ultrapassável pela mera exposição dos seus aspectos quantitativos.

A análise mais correcta destes dados, assim, não pode excluir a conjugação desta evolução, respeitante ao número de reclamantes, com a do número de processos abertos, ou seja, das diferentes questões colocadas durante o mesmo período, sendo certo que neste particular, como se verá abaixo, sofreu-se um aumento significativo em 2004.

Restringindo-nos por ora ao universo de reclamantes, em leitura também afectada por aquela queixa isolada de 2003 a que se fez referência, desceu ligeiramente a proporção de pessoas singulares, que se cifra em 2004 em 94%, menos três pontos percentuais que no ano anterior.

Mais uma vez olhando apenas aos primeiros subscritores de cada queixa, a proporção de pessoas colectivas volta a registar o valor de 8%, encontrado em 2003.



Mantêm-se nos três primeiros lugares, entre os reclamantes com natureza jurídica de pessoa colectiva, as associações, os sindicatos e as sociedades, descendo cerca de 10 pontos percentuais a sua influência conjunta, face a 2003, com nítida responsabilidade das sociedades, que descem, tanto em termos absolutos como proporcionais (80 queixas em 2004 para 134 em 2003, representando 16% e 30%, respectivamente).

Mantendo-se a proporção de queixas provenientes de associações e de sindicatos, é de notar o grande aumento de queixas apresentadas por comissões de trabalhadores (12 em 2003, correspondendo a 3%, para 38 em 2004, ou seja, 8%), bem como das entidades públicas (32 em 2003, ou seja, 7%, para 48 em 2004, ou seja, 10%).

No que diz respeito aos reclamantes individuais, restringindo a informação colhida ao universo de primeiros subscritores das queixas recebidas em 2004, notou-se uma certa perturbação da regularidade existente, ao nível do género, nos anos anteriores, com uma descida do género masculino, agora respondendo por 62% face aos 66% de anos anteriores. Se se trata ou não de uma mais exacta correspondência do universo de reclamantes à população nacional, eis algo que só os anos vindouros poderão elucidar.

3. Em termos de distribuição geográfica, em número absoluto de queixas, repetindo os resultados de 2003, mantêm-se nos três primeiros lugares os distritos mais populosos, de Lisboa (1839 queixas em 2004, para 1614 em 2003), Porto (796 queixas em 2004, para 677 em 2002) e Setúbal (352 e 347, respectivamente).

Nos lugares imediatos, realce para os distritos de Santarém (276 em 2004 e 175 em 2003), Braga (206 e 177) e Coimbra (190 e 197), destes três apenas o último, como se vê, a baixar o valor registado no ano anterior.

O sétimo valor absoluto repete-se para o distrito de Aveiro, em 2004 com 180 queixas (142 em 2003).

Não há, assim, alterações, nos sete distritos com maior número de reclamações, em valor absoluto, todos subindo em consonância com o aumento global registado, excepto Coimbra.

Também repetindo 2003, os três distritos com menor número de queixas são os de Beja (43 queixas em 2004, face a 41 no ano anterior), Portalegre (43 e 23, respectivamente) e Guarda (36 e 27, respectivamente), estes dois últimos invertendo as posições relativas então alcançadas.

A Região Autónoma da Madeira registou 75 queixas, em 2004 corrigindo o aumento verificado em 2003 mas ainda assim ficando acima do valor registado em 2002.

O valor registado nas queixas oriundas da Região Autónoma dos Açores permite considerar invertida a tendência de quebra, colhendo-se agora 138 queixas face às 109 em 2003.

Em correcção, também, minimizado que foi, em parte, o fluxo do ex-Estado da Índia, a que se fez referência no Relatório de 2003, encontra-se o número de queixas provenientes do estrangeiro, registando-se em 2004 um valor de 237 reclamações, contra as 313 em 2003 (mas, ainda assim, muito acima das 130 reclamações recebidas em 2002 de fora do território nacional).

Apurando agora, uma vez mais, a relação deste número absoluto de queixas com a população residente, em especial nos 5 lugares cimeiros, há a registar a saída do distrito de Coimbra, com a entrada do Porto. O distrito de Santarém afirmou-se este ano como o segundo do país, segundo este critério de proporcionalidade. No mais, Lisboa continua, pelo terceiro ano consecutivo e em hábito apenas ocasionalmente quebrado pelos Açores, no primeiro lugar, superando as 8 queixas por 10 mil habitantes.

O fundo desta tabela é ocupado agora, na ordem descendente, pelos distritos de Vila Real (2,53 em 2004 face a 2,62 em 2003), Braga (2,50 e 2,15, respectivamente) e, uma vez mais, a Guarda (2,00 e 2,06, respectivamente). Para além do retrocesso assinalado em Vila Real e a estagnação na Guarda, as modificações nesta tabela devem-se a crescimentos mais pronunciados nos distritos que em anos anteriores ocupavam tais posições, como era o caso do distrito de Aveiro (1,45 em 2002, 2,00 em 2003 e 2,53 em 2004) e do de Portalegre (1,84, 2,40 e 3,44, respectivamente).

Os crescimentos mais significativos, nestes termos relativos, sucederam nos distritos de Portalegre,¹ Évora² e Santarém,³ todos acima dos 50% face ao ano anterior.

Pelo contrário, o único decréscimo significativo ocorreu na Região Autónoma da Madeira, com -15,73%, estando agora no 14.º lugar desta

¹ 86,96% de aumento.

² 57,78% de aumento.

³ 57,71% de aumento.

tabela, devendo notar-se a influência que a este respeito terá a ausência, por motivo de doença prolongada, do Assessor da Extensão, já mencionada noutra lugar.

4. Passando à análise do número de processos abertos, foram organizados 5310 processos, num aumento de 13% face a 2003.

Não houve modificação significativa no número de processos abertos por iniciativa do Provedor, 24 em 2004, apenas mais um do que em 2003.

O aumento de 13% registado acima, correspondendo, em termos absolutos a um crescimento desde o valor de 4688, observado em 2003, será, em termos reais, ainda maior, se se atentar no facto de, como se denunciou no Relatório de 2003, ter então sido contabilizado um acréscimo de 478 processos, oriundos do extinto Defensor do Contribuinte.

Se se corrigisse o valor de 2003, descontando essa entrada extraordinária, como se fez notar no Relatório anterior ao presente, teríamos em 2004 um aumento de 1123 processos, correspondendo a um crescimento de 26,8%.

Cruzando esta informação com a abolição dos processos apensos, poder-se-á afirmar que se trata do crescimento anual mais pronunciado desde 1996.

Quase se diria ser a taxa de crescimento das queixas apresentadas por via electrónica constante, repetindo-se o valor de cerca de 50% já registado no ano anterior. Em termos absolutos, o valor registado foi em 2004 de 605, por comparação com 420 queixas em 2003 e 246 em 2002.

5. Apesar do aumento do número de processos organizados (em mais de seis centenas de unidades), o número total de processos movimentados subiu apenas em cerca de 100 unidades, agora para 9180, face aos 9072 registados em 2003, 9495 em 2002, 10403 processos em 2001, 12418 em 2000 e 14408 em 1999.

O número de processos transitados para 2004 foi de 3396, dos quais 2500 principais. A proporção destes processos com um ano ou menos de antiguidade subiu, sendo agora de 71% face aos cerca de 66% registados no início de 2003.

Transitaram 3441 processos pendentes, para 2005, isto é, com um incremento de apenas mais 45 unidades, quando, como já se referiu, foram organizados mais 622 processos do que no ano anterior.

Numa subida de 10 pontos percentuais face a 2003, praticamente 70% dos processos organizados em 2004 foram arquivados ainda durante esse mesmo ano.

A evolução do número de processos apensos, categoria, como se já disse, votada a progressiva extinção, foi contudo muito menos marcada do que no ano de 2003, registando-se 791 processos, em 31 de Dezembro de 2004 por comparação com os 908 registados no início do ano.⁴

Face à queda verificada em 2003, de 1767 unidades para apenas 896, poder-se-ia esperar uma evolução mais rápida no desaparecimento dos processos apensos.

Todavia, há que atentar que, dos citados 791 processos apensos que sobravam no final de 2004, 655, isto é, 83%, estavam apensados a apenas 5 processos principais, sendo certo que daqueles, 532 apensos eram-no a um único processo principal (67% do total de apensos). Por aqui se vê que a sorte de poucos processos principais, que ainda não alcançaram solução satisfatória em 2004, dita a evolução do indicador em causa, pouco significativo, pelo que se explica.

6. Analisando agora a evolução da pendência de processos, verifica-se uma estagnação do número total de processos, com um ligeiro aumento de 45 unidades (3396 processos no início de 2004 e 3441 no seu fim).

Distinguindo, contudo e como deve ser feito, apenas os processos principais, o aumento da pendência é mais evidente, ainda assim de apenas 150 unidades (de 2500 para 2650, ou seja, 6%), isto num ano em que, como se já fez notar, ocorreu um aumento de processos entrados em mais de 600 unidades, correspondendo a 13%, com aumento ainda mais agravado no número de processos reabertos (incremento de 138 unidades, correspondendo a 41% face a 2003).

7. Olhando agora à duração dos processos, no universo de processos entrados e arquivados em 2004, que como se viu acima foi de 70% do total, verifica-se que mais de metade, ou seja, 50,6%, durou menos de 30 dias (49%

⁴ De notar que a discrepância face ao valor apontado no Relatório de 2003 se deve à apensação a outros, durante 2004, de 12 processos, todos eles anteriores a 2003, como é natural.

em 2003 e 42% em 2002). Dito de outra forma, mais de um terço de todos os processos recebidos foi concluído em menos de 30 dias.

Se se atentar no limite de 90 dias, 77,8% dos processos estavam nessas mesmas condições, num incremento face aos 75% verificados no ano anterior.⁵

Dos processos que transitaram de anos anteriores para 2003 e que foram neste ano arquivados pela primeira vez, num total de 1451 processos, manteve-se o valor de cerca de 60%, já verificado em 2003, para os que conheceram decisão num prazo inferior a doze meses. Isto diz respeito, como é bem de ver, aos 40% dos processos organizados em 2003 e que não tinham tido decisão de arquivamento logo nesse ano, o que significa que, com segurança, se pode hoje afirmar que para os processos abertos em 2003 houve decisão dentro do período de um ano para 82% dos casos.

Tendo subido em 2004 a percentagem de arquivamento dentro do mesmo ano civil da abertura dos processos, de 59,5% para 69,9%, é de supor que no Relatório de 2005 possa felizmente dar conta do aumento daquela percentagem de 82% a que acabo de me referir, sendo meu desejo, conforme tantas vezes já afirmei, alcançar um valor tão próximo dos 100% quanto possível.

Para os processos principais que transitaram de ano anterior ao daquele a que se reporta o presente Relatório, desceu, de 17% para 12% a percentagem dos processos que duraram mais de dois anos até à sua resolução.

Chamando agora a atenção para outra categoria, qual seja a daqueles processos que, conhecendo anteriormente uma decisão, foram reabertos, a pedido do interessado ou oficiosamente, tendo sido rearquivados em 2004 e mantendo-se nessa situação no final deste ano, observa-se um universo de 306 processos. Se em 2002 46% destes conheciam decisão em menos de um ano, valor que subia para 70% em 2003, em 2004 o valor registado é de 96,8%.

Repetindo a agregação destes resultados, tal como se efectuou pela primeira vez em 2002 e se repetiu em 2003, verifica-se uma ligeira melhoria, em dois pontos percentuais, na proporção de processos arquivados que duraram menos de um ano (88% face aos 86% registados em 2003, este último valor já constituindo uma subida face aos 82% observados em 2002). Tomando como meta os seis meses, essa percentagem foi em 2004 de 74%, valor esse

⁵ Ou seja, 54% do total de processos recebidos em 2004.

que também melhora o verificado em 2003 (72%) mas que ainda não alcança o de 2002 (77%). Em suma, parece ocorrer melhoria estruturada na tentativa de, cumprindo meta que defini, dar uma resposta final ao cidadão, em regra, antes de decorridos doze meses. Se essa resposta, na larga maioria dos casos, já é prestada antes da metade desse prazo, como já por diversas vezes afirmei, é na máxima redução possível destes prazos, sem prejuízo da qualidade de resposta, que assenta a missão e o compromisso do Provedor de Justiça.

8. Foram arquivados 5739 processos, num acréscimo de 295 unidades face a 2003, número que é metade do acréscimo de processos organizados e a que há que adicionar o efeito, embora mínimo, do número de apensos arquivados.

Foram formuladas 24 recomendações, das quais quase metade, isto é, 11, normativas/genéricas. Qualitativamente, este dado indica a já anteriormente denunciada preferência da utilização deste meio formal de intervenção do Provedor de Justiça em casos mais ponderados.

Manteve-se exactamente o mesmo número de iniciativas de fiscalização da constitucionalidade das apresentadas ao Tribunal Constitucional no ano anterior, ou seja, duas.

Cresceu o número de processos em que, sem necessidade de recomendação, foi obtida solução favorável ao reclamante. Assim, dos 1269 casos ocorridos em 2003 (23,31% dos processos arquivados nesse ano), passa-se agora para um valor absoluto de 1684, ou seja, 29,3%. Também cresceram os processos arquivados por acatamento de recomendação, passando de 26 casos em 2003 para 84 em 2004, com uma participação no total dos arquivamentos a triplicar, de 0,48% para 1,5%. Apesar da limitação denunciada quanto ao uso da recomendação, continua, assim, o incremento da importância dos processos bem resolvidos por este meio, conforme já indicado nos Relatórios de 2002 e 2003.⁶

Estes dados permitem afirmar que, não obstante o aumento dos processos entrados como dos arquivados, a percentagem de processos resolvidos por intervenção do Provedor de Justiça cresceu, de 2003 para 2004, de 25% para quase 31%.⁷

⁶ Cf., respectivamente, pp. 51 e 62.

⁷ Mais que duplicando, assim, o valor ocorrido há 4 anos. Cf. Relatório de 2003, pg. 62.

A estes 31% de processos resolvidos por intervenção do Provedor de Justiça, há que notar ainda a soma que deve ser feita dos 243 processos (4,2% do total de arquivados) que se resolveram sem necessidade de intervenção, geralmente por mudança de atitude por parte da Administração.⁸

Persiste a tendência de cerca de metade dos processos arquivados⁹ não merecer provimento por parte do Provedor de Justiça, seja em termos liminares ou não. Assim, somando os processos abertos mas arquivados liminarmente, bem como os que posteriormente revelaram falta de fundamento, atinge-se em 2004 as 2736 unidades, ou seja, 47,8% (em 2003 foram 52% e em 2002 45%).

A proporção de arquivamentos liminares, face a 2003, subiu pouco mais de um ponto percentual, assim passando o crivo da análise liminar 85% dos processos abertos, que foram desta forma distribuídos às Áreas e Extensões.

Finalmente, num dado que é sempre menos agradável, ocorreu uma subida, em termos absolutos como relativos, no número de casos em que não se obteve uma solução satisfatória por parte da Administração, dando-se razão ao reclamante e sem que este promovesse o encerramento das diligências por desistência da queixa.¹⁰ Assim, estiveram nestas condições, em 2004, 364 processos (6,3% do total de arquivados), num grande aumento face a 2003 (194 unidades, ou seja, 3,4%). Para este resultado, contribuiu uma descida no número de ocorrência por não acatamento de Recomendação, de 54 para 11 processos, e uma subida, mais que duplicando, no número de processos arquivados sem que se tivesse empregue meios tão formais.

Nestes termos, a taxa de resolução, como tem vindo desde 1992 a ser calculada e que exclui do seu universo os casos de improcedência, arquivamento liminar e mero encaminhamento, foi cerca de 4 pontos percentuais inferior à registada em 2003 (79,0% para 83,1% neste último ano).

A taxa de sucesso, para a qual se conta apenas com as situações resolvidas por intervenção do Provedor de Justiça, foi em 2004 de 76,8%, num valor também ele abaixo do registado em 2003 (79,4%), todavia ocupando o terceiro lugar nos últimos cinco anos.

⁸ Baixando dos 369 processos nestas condições que foram arquivados em 2003.

⁹ No longo termo, pois, correspondendo a metade dos processos abertos.

¹⁰ Que, aliás, não apresenta variação significativa de um ano para o outro.

9. A distribuição dos processos organizados em 2004 por área temática, em comparação com o ano de 2003, sofre sempre pelo efeito extraordinário que, neste último, se verificou com a recepção do acervo de processos pendentes oriundos do extinto Defensor do Contribuinte.

Em todo o caso, descontando em 2003 esse efeito excepcional, inexistindo qualquer similitude em 2004, verifica-se, de um ano para o outro, em termos relativos, uma subida mais acentuada na proporção de processos distribuídos às áreas 6 e 2 (respectivamente com incremento de 4,22 e 2,86 pontos percentuais) e uma descida na área 5 (menos 4,49 pontos percentuais). As áreas 1 e 4 registaram uma descida mais ligeira, respectivamente de 1,81 e 1,19 pontos percentuais, sendo a participação da área 3 praticamente idêntica à de 2003 (acréscimo de 0,4 pontos percentuais).

Todavia, tendo presente o aumento do número de processos entrados por comparação com o verificado em 2003, todas as áreas, com uma exceção, viram aumentado o número de processos que lhes foram distribuídos, assim, para o mesmo número de pessoas, aumentando a carga de trabalho. Os aumentos com mais significado, em termos puramente quantitativos,¹¹ foram sentidos nas áreas 6, 2 e 3, respectivamente com incrementos de 306 processos (+63,1%), 265 (+44,8%)¹² e 183 (+24,4%). Acréscimo mais ligeiro foi sentido nas áreas 4 e 1 (com incrementos absolutos de 87 e 43 processos, respectivamente, correspondendo a +13,3% e +7,3%). Como se já disse, uma única área, a 5, sofreu um decréscimo absoluto de 34 unidades, correspondendo a -4,16%.

Já no Relatório de 2003¹³ se assinalara que o aumento anormal de queixas referentes a pedidos de nacionalidade, formulados por parte de oriundos do ex-Estado da Índia, verificado no final de 2002 e ao longo de 2003, tenderia a quebrar. Foi o que ocorreu e justifica este decréscimo.

A Extensão na Região Autónoma dos Açores também registou um crescimento, com a distribuição de mais 29 processos que em 2003 (+29,3%).

¹¹ Naturalmente que uma análise mais completa, que aqui se não pode travar, implicaria uma ponderação da dificuldade e complexidade de cada processo.

¹² Excluiu-se do ano de 2003 o efeito causado pelos processos oriundos do extinto Defensor do Contribuinte. Assim, este aumento de 265 unidades é calculado sobre o total de processos distribuídos à Área 2 em 2003, subtraindo os 478 processos naquelas condições.

¹³ Cf. pp. 60 e 63.



Pelo contrário, a Extensão na Região Autónoma da Madeira sofreu uma quebra de 50%, descendo o número de processos distribuídos de 73 para 36. Deve notar-se, contudo, que grande parte das queixas que deveria ter sido, em situação de normalidade, distribuída à Extensão da Madeira, pela situação excepcional de doença já enunciada, foi encaminhada directamente para as Áreas respectivas, pelo que merece cuidado a leitura deste dado.

Há ainda a registar, com a criação da Unidade de Projecto, noutro local mais bem delimitada, a distribuição à mesma de 22 processos.

10. Corrigindo os dados de 2003, conforme no respectivo Relatório era indicado,¹⁴ parece sustida, de momento, a tendência para a queda do número de processos que têm como entidade visada alguma pertencente à Administração Central.

Assim, dos reais 47% verificados em 2003, excluindo o efeito decorrente da incorporação dos processos do extinto Defensor do Contribuinte, regista-se agora um valor de 49,1%, idêntico ao registado em 2002.

No mais, permanecem actuais as observações feitas em 2003, com a notável excepção das queixas dirigidas contra a administração indirecta ou a autónoma, com valores, em 2003, de 700 processos (14,4% do total, incluindo os processos provenientes do extinto Defensor do Contribuinte), e em 2004 de 969 processos (17,5%). Também se registou um decréscimo acentuado nas queixas contra a Administração Regional da Madeira (40 para 14 queixas, em termos relativos de 0,8% para 0,3%).

Os três ministérios mais citados, ao nível da Administração Central, são os mesmos de 2003, ou seja, o das Finanças e Administração Pública, o da Justiça e o da Administração Interna. O conjunto destes três ministérios, representando em 2003 68% do total de processos contra a Administração Central, soma agora, contudo, apenas 63,4%.¹⁵ Analisando cada um deste ministérios, nota-se quebra no primeiro dos mesmos, com subida marcada, pelo segundo

¹⁴ Cf. p. 63.

¹⁵ Mais uma vez, é de notar o empolamento dos dados de 2003, no caso do Ministério das Finanças, por via dos processos oriundos do extinto Defensor do Contribuinte, em cerca de cinco pontos percentuais. Haverá, assim, um ligeiríssimo aumento em 2004 no conjunto destes três ministérios.



Dados estatísticos

ano consecutivo, das queixas respeitantes ao Ministério da Administração Interna.¹⁶

O domínio destes três ministérios é maciço, se se atentar apenas nas queixas que não dizem respeito aos funcionários públicos. Assim, a soma dos mesmos apresentava em 2003 o valor de 76,3%, subindo agora em 2004 para 78% das queixas contra a administração central.

É também de notar o aumento do peso relativo das queixas apresentadas contra o Ministério da Educação.¹⁷

Uma última nota para explicitar as dificuldades de interpretação que o quadro 11 poderá apresentar, tendo presente o facto de, com a posse do XVI Governo Constitucional, a meio de 2004, terem sido introduzidas alterações significativas na orgânica do Governo, com realce para o extinto Ministério da Segurança Social e do Trabalho e a partição das suas atribuições pelo Ministério da Segurança Social, da Família e da Criança e pelo Ministério das Actividades Económicas e do Trabalho.

Se em simples mudança da denominação do Ministério, tão frequente, não há problema de maior, situações como a descrita não permitem uma fácil redistribuição dos dados registados.

11. Na Administração Local, o peso consabidamente esmagador dos municípios permanece, com valores cuja variação não é significativa (85% em 2003 para 83% em 2004), tanto mais quanto o crescimento das queixas contra empresas municipais ou serviços municipalizados aumentou mais do que a média.

Repete-se o facto de os quatro municípios que mais foram alvo de queixa representarem um quinto do total de reclamações contra entidades desta categoria, sendo eles os municípios de Lisboa (11,4% em 2004 contra 9,5% em 2003), Porto (3,3% contra 3,8%), Oeiras (2,6% mantendo o valor de 2003) e Cascais (2,2% contra 4,1%).

Face a 2003, o município de Almada desaparece da lista dos 11 municípios contra os quais mais queixas foram recebidas, bem como os municípios de Coimbra e de Santa Maria da Feira, por sua vez surgindo nesta lista os municípios da Amadora, do Seixal e do Funchal.

¹⁶ Essencialmente por via do aumento de queixas contra o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

¹⁷ 9,4% em 2003 e 14,4% em 2004.

1.2. A. Participação internacional

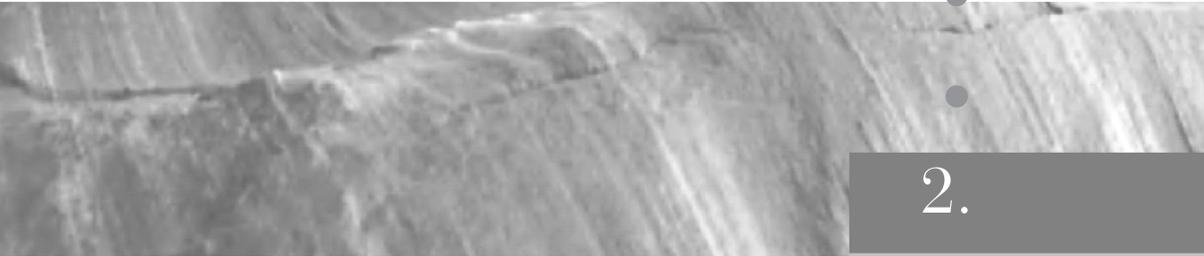
<ul style="list-style-type: none"> • Provedor de Justiça, <i>H. Nascimento Rodrigues</i> 	Genebra 17/18 Abril	<i>3.^a Reunião do Board do Fundo Especial para Ombudsman</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Provedor de Justiça, <i>H. Nascimento Rodrigues</i> 	Madrid 19 Abril	<i>Reunião do Comité Directivo da FIO</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Coordenador, <i>João Portugal</i> 	Timor Leste 10/14 Maio	<i>Participação na iniciativa "Comunidade das Democracias"</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Provedor Adjunto, <i>José Luís Pereira Coutinho</i> 	João Pessoa (Brasil) 21/23 Junho	<i>IX Encontro Nacional de Ouvidores/Ombudsman I Colóquio Luso-Brasileiro de Ouvidores subordinado ao tema "A Ouvidoria/Ombudsman na Defesa dos Direitos da Pessoa Humana"</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Provedor de Justiça, <i>H. Nascimento Rodrigues</i> • Provedor-Adjunto, <i>António Manuel Macedo de Almeida</i> • Coordenador, <i>João Gonçalves</i> • Coordenador, <i>André Folque</i> 	Quebec 6/10 Setembro	<i>VIII Congresso do Instituto Internacional de Ombudsman subordinado ao tema "Manter o Equilíbrio entre as Obrigações dos Cidadãos e o Reconhecimento dos Direitos e Responsabilidade Individuais - o Papel do Ombudsman"</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Coordenador, <i>Alberto Amaral</i> • Assessor, <i>Ana Neves</i> 	Madrid 2/5 Novembro	<i>IX Congresso Internacional do CLAD subordinado ao tema "Reforma do Estado e da Administração Pública"</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Provedor-Adjunto, <i>José Luís Pereira Coutinho</i> • Coordenador da Unidade de Projecto, <i>Miguel Coelho</i> • Adjunta do Gabinete, <i>Catarina Ventura</i> 	Equador 8/11 Novembro	<i>IX Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman subordinado ao tema "Sistemas Internacionais de Promoção e Protecção dos Direitos Humanos"</i>

Dados estatísticos

1.2. B. Visitas de entidades estrangeiras

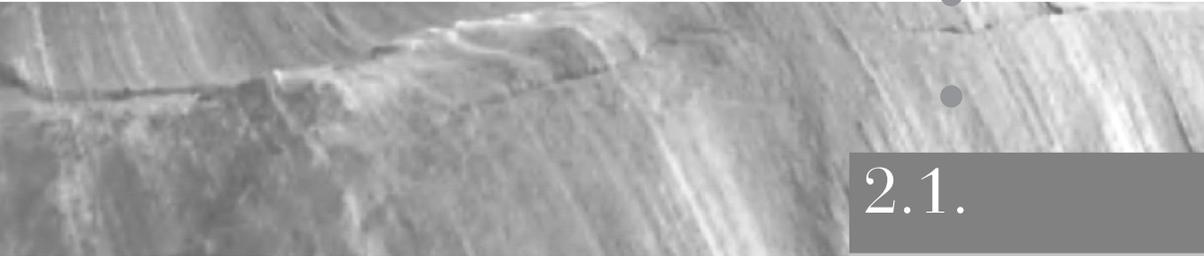
• <i>Comissário contra a Corrupção de Macau</i>	15 de Maio	<i>Senhor Cheong U</i>
• <i>Encarregado para os Direitos do Homem da Federação da Rússia</i>	4 de Junho	<i>Embaixador Vladimir P. Lukin</i>
• <i>Ombudsmen do Reino da Tailândia</i>	18 de Outubro	<i>General Teeradej Meepien Senhor Poonsup Piya-Anant</i>
• <i>Provedor de Justiça Europeu</i>	21/22 de Outubro	<i>Professor Nikiforos Diamandouros</i>

-
-
-
-
-
-
-



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

Cristina Sá Costa

Consultor de arquitectura:

Olavo Benedito Dias

2.1.1. Introdução

(A) Considerações gerais

A actividade dos poderes públicos em assuntos relativos ao ambiente, ao urbanismo e ao ordenamento do território, particularmente, à concepção, localização e execução de obras públicas, continua a justificar um crescente interesse por parte dos cidadãos que, individual ou colectivamente, pedem a intervenção do Provedor de Justiça.

Ao longo de 2004, ingressaram nesta área 594 processos (575 originários e 19 redistribuídos), dos quais, três resultaram de iniciativa oficiosa do Provedor de Justiça (art. 4.º do Estatuto). Aquele número representa um acréscimo de cerca de 5,5%, em relação ao ano anterior. Também o volume de deferimentos de pedidos de reabertura de processos findos (44) aumentou (7,3%) por contraste com 2003.

Este último conjunto, não despendendo, é motivado, no essencial, pelo incumprimento de compromissos anteriormente assumidos pelos órgãos reclamados e que levam os queixosos a, de novo, requererem a intervenção do Provedor de Justiça, ou então, devem-se ao recrudescimento de actividades poluentes ou incómodas que tinham cessado ou diminuído a sua intensidade.

Contudo, nem por isso a pendência subiu, já que também foi possível dar por concluídos e lograr o arquivamento (ou o rearquivamento) de um maior número de processos (mais 11,2% do que no período homólogo anterior). Assim, este volume permitiu à Área 1 alcançar a pendência mais baixa desde sempre, no final de um ano civil: 535 processos, por contraste com 726, em 2000, com 576, em 2001, com 566, em 2002, e com 570, em 2003.

Registe-se ainda que o tempo médio de instrução tem vindo a conhecer uma notória redução. Dos processos pendentes em finais de 2004, apenas 8,4% se encontram abertos ou reabertos há mais de três anos. Cerca de 61% dos processos em instrução resultam de queixas apresentadas há menos de um



ano, contando-se entre os processos organizados ou reabertos em 2003 um volume de 21,1%, cifra que para 2002 se reduz a 9,3%.

Durante 2004, 43% dos processos arquivados tinham sido abertos neste mesmo ano, 37% iniciados em 2003 e 12% reportados a 2002.

Incrementou-se o esforço de métodos de mediação, conciliação e concertação, importando reconhecer que é, principalmente, nos espaços de discricionariedade administrativa que o terreno se mostra mais fértil a este tipo de actuação, desde que o órgão visado e o próprio queixoso se mostrem dispostos. Trata-se, fundamentalmente, de encontrar mínimos denominadores comuns e fazer prosseguir a troca de informação entre as partes, vinculadas por uma agenda que a Provedoria de Justiça vai fazendo cumprir.

Importante foi, sem dúvida, a visita que a Área fez ao Julgado de Paz de Lisboa, em 20.07.2004, e onde pôde conhecer de perto o seu funcionamento, aqui ficando uma nota de agradecimento ao Senhor Dr. João Chumbinho. Uma vez que, não raras vezes, o queixoso é por nós encaminhado para o julgado de paz – quase sempre, quando no decurso da instrução se revela que a questão controvertida essencial é de tipo privado e cabe na jurisdição dos julgados – julga-se que o estreitamento de relações, a troca de experiências e de informações é particularmente relevante.

Entre reuniões na Provedoria de Justiça e deslocações, registam-se, ao longo do ano, contactos pessoais com todas as comissões regionais e o Conselho Nacional da Reserva Agrícola Nacional, com a Direcção Regional de Agricultura do Algarve, com a Brisa, SA, com o ex-Instituto das Estradas de Portugal (também na Guarda), com a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte, com o Núcleo Florestal do Algarve, com o Parque Natural de Sintra-Cascais, com a Junta de Freguesia de Colares e com as Câmaras Municipais da Amadora, Cascais, Entroncamento, Lisboa, Mafra, Oeiras, Palmela, Sesimbra, Silves e Sintra.

(B) Urbanismo

As reclamações sobre assuntos urbanísticos (36,5%, do total da área) mantêm o primeiro lugar, em 2004, atingindo, contudo, uma parcela ligeiramente mais reduzida do que em 2003 (38%).

Neste conjunto, continua a predominar o segmento **urbanização e edificação** (78,3%), muito embora persista um volume significativo de queixas relativas à **conservação e reabilitação das edificações urbanas** (10,6%). Já os problemas de reconversão e requalificação de áreas urbanas de génese ilegal parecem suscitar menor interesse (2,3%), o que porventura se explicará pelo avanço significativo das iniciativas municipais ou em parceria com os moradores, sobretudo nos concelhos de Almada, Seixal, Sesimbra e Palmela, mas também em Loures, Sintra, Cascais e Vila Franca de Xira.

i) Urbanização e edificação

Na sua larga maioria, as reclamações classificadas neste *item* são motivadas pela oposição de terceiros a obras particulares, solicitando-se ao Provedor de Justiça que interceda junto das autoridades municipais pela adopção de medidas de polícia administrativa, fundamentalmente, o **embargo e a demolição**. Vem crescendo o número de reclamações apresentadas colectivamente, em particular, por administrações de condomínios ou por comissões *ad hoc* de moradores.

Em geral, é o cumprimento das regras sobre **afastamentos entre edificações urbanas e sobre aberturas de janelas, terraços e varandas** que motiva um maior número de reclamantes. Estão em causa questões de salvaguarda da intimidade da vida privada e familiar, mas também valores ambientais de primeira linha, como sejam, a exposição à luz solar e a ventilação natural do interior das edificações.

Sete elementos desta área tomaram parte nos trabalhos de um seminário dedicado à **Construção em Altura**, em 20.05.2004, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e que reuniu, para além de juristas, especialistas em arquitectura e em urbanismo.

Inclui-se neste domínio a **utilização de edifícios e suas fracções**. O Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho, veio em boa hora condicionar a transmissão de imóveis ou de fracções autónomas sem licença municipal de utilização. Trata-se de uma garantia de eficácia inestimável, por forma a que as obras executadas cumpram escrupulosamente os projectos de arquitectura aprovados, evitando expedientes de outrora que levavam a ampliações no

decurso da obra, com acréscimo das áreas de construção, volumetria e até de número de pisos.

Levanta-se o problema, no entanto, dos cidadãos nacionais e estrangeiros que, algo incautamente, adquiriram fracções ou edificações sem licença municipal de utilização. Aqueles proprietários que, hoje, pretendem vender o imóvel adquirido, no passado, sem licença de utilização confrontam-se com a recusa do notário em celebrar a escritura pública, mas consideram injusta esta posição, pois imputam ao construtor ou ao promotor imobiliário os defeitos que obstam à regularização urbanística. Nem sempre é fácil explicar-lhes que a câmara municipal de que se queixam é alheia às relações de compra e venda e de que esta não deve nem pode tomar partido, sob pena de usurpar a reserva jurisdicional dos tribunais.

A fronteira entre **direito público e direito privado**, cuja delimitação está longe de ser unívoca na ciência jurídica, reclama dos assessores um esforço muito significativo nas elucidações a prestar aos queixosos, em linguagem acessível.

Estes, por seu turno, não raramente, trazem ao Provedor de Justiça, sob as vestes de um conflito com a câmara municipal ou com a junta de freguesia, litígios pessoais – e até familiares – com terceiros, nos mais variados domínios das relações jurídicas reais de vizinhança (demarcação da propriedade de imóveis, muros de meação, estilicídio, servidões de vistas ou de passagem, questões puramente internas de condomínio). Uma vez que há, muitas vezes, um elemento de conexão ao interesse público – embora diminuto – nem sempre é possível deixar de proceder a algumas averiguações com sacrifício da actividade a desenvolver nos demais processos.

O certo é que, à partida, da leitura inicial da queixa, são raras as ocasiões em que a imagem do conflito e os contornos da questão controvertida central se apresentam com nitidez suficiente. Refiro-me à propositada ocultação de factos pelos queixosos (v.g. obras clandestinas dos próprios) e à porfiada solicitação do Provedor de Justiça para questões *de minimis*, do ponto de vista do interesse público, da sua gravidade e da lesão meramente superficial de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Vale a pena referir, por outro lado, que, em matéria de projectos das especialidades, a crescente **privatização de tarefas públicas** não tem constituído para os particulares uma significativa aproximação nem produzido o reforço das suas garantias enquanto administrados. Os projectos de instalações

de gás, de energia eléctrica e de telecomunicações, de água e saneamento, actualmente apresentados pelo particular sob termo de responsabilidade do técnico continuam a debater-se com procedimentos nem sempre lineares, ao que acresce alguma indiferenciação de competências entre as empresas de certificação, as empresas concessionárias dos serviços públicos, as entidades reguladoras independentes e as câmaras municipais.

Não obstante, estas circunstâncias não têm impedido o Provedor de Justiça de exercer a sua actividade, qualificando tais entidades como concessionárias de serviços públicos e, por conseguinte, compreendidas no âmbito de fiscalização enunciado no artigo 3.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

Informa-se ainda que o Provedor de Justiça está a acompanhar empenhadamente o ritmo de aprovação dos **regulamentos e posturas municipais de urbanização e de edificação**, cuja falta se faz sentir para a concretização da reforma empreendida pelo legislador em 1999/2001. Uma das razões de ser da autonomia local reside precisamente na legitimidade democrática dos órgãos municipais, melhor dizendo, dos seus eleitos, para encontrarem soluções próprias para os particularismos históricos, geográficos e económicos dos seus territórios e populações. Assim, importa que, quanto antes, câmaras e assembleias municipais deliberem sobre o que entendem constituir operações de escassa relevância urbanística, para o efeito de as isentarem de licença ou de autorização, de par com o tratamento dos chamados ‘condomínios fechados’ de modo a que deixem de poder furtar-se aos encargos próprios das operações de loteamento, quando o impacte nas infra-estruturas, na paisagem e na qualidade de vida dos vizinhos se mostra sensivelmente idêntico. Graças ao apoio da Divisão de Documentação, foi possível criar uma base de dados das posturas e regulamentos de urbanização e de edificação, relativo aos 278 municípios do território continental.

No ano findo, o Provedor de Justiça pôde dar como concluída a série de intervenções respeitantes ao **agravamento de taxas urbanísticas usado como instrumento sancionatório**, em preterição do ilícito de mera ordenação social. Todos os municípios a que tinham sido formuladas recomendações, em 2003, para revisão dos respectivos regulamentos de taxas (Alenquer, Cascais, Gondomar, Loures, Silves, Vila Franca de Xira) vieram a proceder em conformidade, não obstante alguns desacordos iniciais, mas que vieram a ser favoravelmente ultrapassadas (v. *infra, proc. R-1391/84*).

Por seu turno, a utilização de edifícios ou suas fracções contra o destino admitido pelos municípios e a indulgência não raro manifestada pelas autoridades, que se limitam à aplicação de coimas, deu lugar à divulgação de um parecer (v. *infra, proc. R-1443/00*) cujo teor foi transmitido à Associação Nacional dos Municípios Portugueses, para maior divulgação, chamando a atenção para que importa distinguir o efeito meramente compulsório das **sanções administrativas** e o efeito de reintegração da legalidade que apenas as **medidas de polícia administrativa** pode alcançar, nomeadamente, a cessação da utilização e o despejo coercivo.

ii) Conservação e reabilitação das edificações urbanas

O tipo de reclamações recebidas e analisadas em matéria de segurança e salubridade das edificações parece decididamente alterado. Embora representem 11% dentro das 217 queixas urbanísticas, começa a reflectir-se paulatinamente o esforço de reabilitação urbana do património habitacional por iniciativa pública ou particular.

Se é certo que perduram casos de **absoluta degradação** das condições de vida por parte de inquilinos – na maioria, idosos – por falta de obras de beneficiação urgente, é possível registar, ainda que empiricamente, alguma maior eficácia nas intimações municipais aos senhorios. Não é de excluir que a perspectiva de reforma da legislação do arrendamento urbano possa ter motivado alguns proprietários, mas é visível, em Lisboa e no Porto, um acréscimo de intervenções coercivas e alguma maior prontidão nos procedimentos de vistoria e de adjudicação dos trabalhos de recuperação.

Assim, muitas das novas reclamações dizem respeito, já não à decrepitude das edificações, mas ao próprio procedimento de reabilitação, em especial, no que toca aos prazos e ao **realojamento transitório de moradores**.

Aguarda-se com alguma expectativa o início da actividade das **sociedades de reabilitação urbana**, cujo regime jurídico, contido no Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de Maio, acolheu muitas das preocupações transmitidas pelo Provedor de Justiça à então Secretária de Estado da Habitação, em relatório que fez publicar no ano findo: **O Provedor de Justiça e a Reabilitação Urbana**.

Uma breve nota para a intervenção do Provedor de Justiça a propósito de realojamento dos moradores do Bairro da Liberdade, freguesia de Campolide, em Lisboa, na sequência dos riscos de iminente derrocada vindos a lume por estudo geotécnico elaborado pelo Laboratório Nacional de Engenharia Civil. Perante a intensidade dos riscos para a segurança de pessoas e bens e as incertezas dos moradores quanto ao seu destino, o Provedor de Justiça interveio junto da vereação de Lisboa, apontando a incongruência entre o curto prazo para o despejo sumário das edificações e o desconhecimento das alternativas de realojamento temporário ou definitivo. A situação veio a ser resolvida, alcançando-se um acordo, na maior parte dos casos, entre os moradores e o município.

iii) Arrendamento urbano

O Provedor de Justiça acompanhou com interesse a discussão pública em torno do pacote de propostas legislativas, neste sector. Assim, recebeu, em 24.11.2004, uma representação de várias associações de inquilinos e fez-se representar, através de dois elementos desta área da assessoria, na II Conferência Nacional dos Serviços de Interesse Geral dedicada ao Regime do Novo Arrendamento Urbano, promovida pela Associação Portuguesa de Direito do Consumo, e que teve lugar em 20.11.2004, no Porto. O termo da IX Legislatura e a consequente caducidade da lei de autorização legislativa tornaram inútil a análise iniciada de algumas disposições dos projectos de decreto-lei ao abrigo da autorização parlamentar, por solicitação do Ministro das Cidades, Administração Local, Desenvolvimento Regional e Habitação.

(C) Ambiente

As queixas ambientais ultrapassam ligeiramente 30% dos processos distribuídos a esta área da assessoria, em 2004, das quais, o **ruído**, conserva a primazia, embora com algum decréscimo. De todo o modo, só as reclamações contra actividades ruidosas – públicas e privadas, continuadas ou temporárias, industriais, comerciais ou recreativas – ocupa 16% do esforço dos

assessores. Por outras palavras, dois dos sete assessores da área vêm grande parte da sua actividade dedicada ao controlo da poluição sonora.

A resolução destes problemas mostra-se muito mais complexa do que poderia supor-se à partida. Por um lado, o ruído importa quase sempre uma medição técnica e em condições muitas vezes contestadas ora pelos emissores ora pelos receptores. Depois, a adopção de soluções radicais, como o encerramento de estabelecimentos, confronta-se com exigências de ponderação de outros interesses legítimos atendíveis, já que, não raro, são elementos construtivos ancestrais que facultam a propagação de ruídos para o interior das edificações, onde convivem moradores e pequenos estabelecimentos comerciais, de restauração e bebidas.

A procura de um equilíbrio, especialmente quando os estabelecimentos se encontram licenciados, passa pela introdução de medidas de insonorização, obras e reduções no horário de abertura ao público, e que o Provedor de Justiça vai acompanhando activamente até se alcançar um resultado minimamente plausível.

De todo o modo, seria prudente introduzir alguma moderação no licenciamento de **alterações ao uso** de fracções em edifícios para habitação, quando seja de prever um aumento do ruído que o tipo de construção ou a morfologia urbana (ruas estreitas, escasso ruído de fundo) tornam agravadamente incómodo. Um exemplo negativo pode encontrar-se no regulamento do Plano Director Municipal de Lisboa, quando no seu artigo 7.º define comércio como compreendendo «*os locais abertos ao público destinados à venda e armazenagem a retalho, à prestação de serviços pessoais e à restauração*». Como se adivinha, sem esforço, a instalação de um restaurante numa fracção outrora ocupada por uma mercearia ou por uma retrosaria, embora vá depender de uma licença especial que confere os requisitos próprios da actividade (na perspectiva da defesa dos consumidores) pode deixar postergada a defesa dos direitos dos condóminos, ainda quando o título constitutivo da propriedade horizontal adstringisse o local a um uso comercial.

Deve apontar-se à generalidade das câmaras municipais o escasso rigor com que aprecia e defere **licenças especiais de ruído**, nomeadamente para espectáculos com música ao vivo em lugares públicos ou em recintos abertos, ignorando a necessidade de articulação com as forças de segurança e, por vezes, deixando por estipular condições precisas aos promotores. As festividades académicas, por exemplo, deveriam ter lugar em locais diferentes, de

ano para ano, de preferência, fora das imediações de habitações, hospitais e alojamentos turísticos, como vem sendo sugerido pelo Provedor de Justiça, de modo a que ocorra uma repartição menos injusta da incomodidade por diversas áreas das cidades.

Também a **concentração excessiva de bares, discotecas e restaurantes em bairros residenciais** – Leça da Palmeira, em Matosinhos, Bairro Alto e Santos-o-Velho, em Lisboa, centros históricos de Lagos e Setúbal – continuam a motivar um crescente número de queixas. Provavelmente, a rotação dos horários de abertura ao público pelos diferentes dias da semana lograria uma diminuição do ruído e do congestionamento de tráfego, como tem sido alvitrado a algumas câmaras municipais.

O ruído imputado a **animais de companhia** alojados em logradouros ou em terraços e varandas motiva um número considerável de reclamações. O controlo, por parte da GNR e da PSP, deste tipo de ruído – fortuito, a mais das vezes – é extremamente contingente, mas nem por isso deixa de constituir uma lesão para a ordem pública e para os direitos dos vizinhos a obterem a actuação dos poderes públicos. Um reclamante chega mesmo a solicitar ao Provedor de Justiça que recomende a adopção de medida legislativa que obrigue os detentores de cães, nessas condições, a manterem-nos açaimados. A situação é ainda mais lesiva, no caso de canis e clínicas veterinárias.

Insiste-se pela urgente revisão do regime jurídico das **instalações de explosivos**, de modo muito especial, das oficinas e armazéns de pirotecnia. As múltiplas insistências formuladas ao longo do ano junto do Ministério da Administração Interna permitiram conhecer alguma evolução, mas o certo é que o diploma que haveria de contemplar um seguro obrigatório de responsabilidade civil, entre outros aspectos de preocupação com a segurança de pessoas e bens (compreendendo os vizinhos) não chegou a ver a luz do dia. A Provedoria de Justiça não esquece o número de acidentes anualmente registados, recordando, em especial, o Algarve e o Minho, onde não há muitos anos ocorreu a destruição de toda uma aldeia por efeito da explosão de um arsenal de fogos de artifício e cujo seguro não permitiu reparar nem um décimo dos prejuízos materiais.

Já no campo da exposição das populações a **campos electro-magnéticos**, o ano de 2004 trouxe a esperada regulamentação (Portaria n.º 1421/2004, de 23 de Novembro). Assinala-se contudo que, apesar de as radiações medidas acusarem sistematicamente o cumprimento das prescrições, a lei franqueia às operadoras da rede móvel de comunicações uma ampla

liberdade de instalação de equipamentos. O princípio da precaução ambiental, em face das incertezas da comunidade científica quanto a eventuais malefícios, haveria de justificar um maior condicionamento, designadamente para protecção das crianças e jovens e outorgar às autoridades municipais e à entidade reguladora (ANACOM) poderes mais incisivos.

A Direcção-Geral da Saúde, na sua circular informativa n.º 68/DAS, de 27.12.2004, pretende esclarecer a população sobre esta temática, advertindo contra uma tendência geral para a **sobrestimação dos riscos associados às estações-base** e para uma **subestimação dos riscos do uso de telemóveis** e da exposição ao funcionamento de estações de radiodifusão sonora. Sustenta que, em face dos conhecimentos científicos actuais e dos múltiplos estudos epidemiológicos desenvolvidos até ao momento não pode afirmar-se um perigo para a saúde das populações (incluindo subgrupos com maior vulnerabilidade, como idosos, grávidas e crianças) que habitam nas proximidades das estações-base, onde os níveis de exposição atingem somente uma pequena fracção dos valores recomendados. Reconhece porém que a informação científica não é conclusiva nem definitiva, exigindo a certeza científica alguma maturação no âmbito experimental.

Por conseguinte, ao longo de 2004, insistiu-se junto da Direcção-Geral do Património por que se abstenha o Estado de renovar licenças para instalação de equipamentos congéneres nos edifícios escolares.

No mais, são a **qualidade do ar** e as **condições higio-sanitárias** de algumas actividades a justificar as reclamações apresentadas, preenchendo, respectivamente, 9% e 10%. A gestão dos **recursos hídricos**, embora não ultrapassando 7%, traz consigo reclamações de elevada complexidade técnica e jurídica.

Ao longo do ano, avolumou-se o problema do destino a conceder a **animais detidos ilicitamente em cativeiro ou instalados em explorações pecuárias clandestinas** (suiniculturas, vacarias). Na falta de razões sanitárias para proceder ao seu abate e perante a impossibilidade de os alojar em local próprio, Municípios e Estado não parecem suficientemente preocupados com a quebra de autoridade que representa a sucessiva desobediência a intimações para despejo e com o sentimento colectivo de frustração para os lesados directamente: os moradores vizinhos. Uma das iniciativas officiosas do Provedor de Justiça foi precisamente dedicada à análise deste problema junto dos departamentos governamentais competentes.

(D) Ordenamento territorial

Como em anos anteriores, 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. Trata-se de uma fatia de 30% das reclamações entradas em 2004 nesta área da assessoria.

i) Planos

A formação e revisão dos instrumentos de gestão territorial é muito raramente objecto de queixa (2%, dentro do capítulo relativo ao ordenamento do território), valendo a pena sublinhar que os aspectos procedimentais de garantia dos administrados, como o direito de participação pública, parecem já consolidados.

Já o mérito das opções tomadas pelos municípios, em relação à delimitação de espaços e à disciplina da sua ocupação, propicia o confronto ao Provedor de Justiça com os limites da sua própria actividade. Não podendo nem devendo invadir a esfera de autonomia própria dos órgãos competentes, não deixa este órgão do Estado de levar a cabo a averiguação da objectividade e racionalidade devida às soluções previstas nos planos urbanísticos, cuidando de verificar a sua capacidade de réplica às objecções formuladas pelos particulares.

ii) Obras públicas

Ao Provedor de Justiça continuaram a chegar com frequência queixas contra opções técnicas de traçado de algumas **vias rodoviárias**, exigindo a esta área um enorme esforço de análise e concentração, atestado pela quantidade e complexidade técnica dos estudos prévios, anteprojectos e projectos de

execução, de par com a crescente exigência de preparação para bem compreender e apreciar os procedimentos de **avaliação do impacto ambiental**.

Prosseguiram os esforços de **mediação**, relativamente aos inconvenientes imputados ao novo largo de portagem da A-1, em Grijó, Vila Nova de Gaia, envolvendo os proprietários vizinhos, a BRISA, o IEP, o Instituto do Ambiente, o Instituto da Água e a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte.

Foi possível alcançar uma solução consensual, no que toca aos problemas hídricos, através da construção de uma bacia de retenção, na ribeira do Mocho, a qual, em tempo de estio, poderá ser usada pelos moradores como recinto desportivo e de lazer (v. *infra, proc. R-2715/02*).

É devida uma nota de reconhecimento a todos os intervenientes, em especial, à BRISA, S.A., pela abertura e disponibilidade manifestadas ao longo das várias reuniões de mediação que, em Lisboa e no Porto, tiveram lugar.

Os **danos imputados à execução de obras públicas** (estradas, caminhos de ferro, redes de metropolitano, instalação de linhas eléctricas) contribuem substancialmente para o volume das 39 reclamações recenseadas neste capítulo da actividade do Provedor de Justiça.

Observa-se, por fim, com interesse, um conjunto de reclamações contra os preços exorbitantes estipulados aos interessados em concursos para adjudicação de **empreitadas de obras públicas** para obterem reprodução de elementos indispensáveis à apresentação das suas propostas.

iii) Regimes territoriais especiais

Neste sector, decorreu, em 2004, a inspecção aos serviços de apoio à **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) e que mobilizaram todos os elementos desta área, por cerca de um mês.

Assim, foram examinados perto de 800 pareceres favoráveis à utilização não agrícola de solos classificados, deliberados nos últimos quatro anos, com vista à fixação de agricultores, a construções de apoio à actividade agrícola e pecuária e para edificação de habitação permanente dos proprietários em situação económica desfavorecida.

O relatório, praticamente concluído, aguarda a formulação das observações e sugestões a transmitir oportunamente ao membro do Governo competente.

No que concerne a **áreas protegidas**, é de assinalar a recomendação formulada ao Presidente da Câmara Municipal de Sintra (v. *infra, proc. R-3843/02*), de par com notas de advertência ao Presidente da Comissão Directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais, ao Presidente da Junta de Freguesia de Colares e à Directora-Geral do Turismo. Isto, porque em área sensível do Parque Natural, não foi em devido tempo evitada a edificação de um conjunto turístico de impacte contra todas as interdições e condicionamentos estipulados tanto no Plano Director Municipal, como no Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais.

A consulta do texto integral da recomendação ilustra o trabalho de investigação desenvolvido, carreando para a instrução resultados da pesquisa documental (alguns, de ordem histórica), da observação local e da averiguação directa junto dos responsáveis públicos e particulares.

iv) Expropriações por utilidade pública e servidões administrativas

As expropriações por utilidade pública e as servidões administrativas motivaram 23% das queixas classificadas como de ordenamento do território, o que representa cerca de 7,2% do total de processos distribuídos à área.

O atraso no pagamento de **indemnizações negociadas e acordadas** com os proprietários de imóveis expropriados e, bem assim, o incumprimento do dever de depósito de caução prévio à posse administrativa mostram o retrato-tipo da reclamação apresentada.

v) Domínio público

A **utilização privativa** de bens do domínio público quer por interessados quer por opositores justifica um número significativo de averiguações resultantes de queixas. Trata-se de 53% das reclamações enquadradas no ordenamento do território e de 13,6% do total da área, percorrendo questões

tão diferentes como a administração das praias marítimas e fluviais, a delimitação da propriedade privada junto de arribas e falésias marítimas por trato sucessivo anterior a 1868, a atribuição de isenções de estacionamento automóvel à superfície, em zonas delimitadas, o bloqueamento e remoção de viaturas abusivamente estacionadas, a protecção de zonas verdes urbanas, a instalação de quiosques, esplanadas e reclamos publicitários na via pública.

A respeito deste último tópico, dá-se conta do acatamento, pela Câmara Municipal do Porto, da Recomendação n.º 2/B/2002, de 12 de Fevereiro, através de alteração a uma postura, de modo a reconhecer como não publicitárias as placas e tabuletas afixadas nas fachadas dos edifícios, desde que se limitem a indicar a localização de estabelecimentos próprios das **profissões liberais**. Sem prejuízo do controlo urbanístico, eminentemente estético, que se justifica, admitiu a Câmara Municipal do Porto que estes suportes não se subsumem ao conceito legal de publicidade comercial nem tão-pouco representam um uso privativo do domínio público.

Uma nota de preocupação justifica-se quanto à situação material e jurídica das **estradas nacionais desclassificadas** pelo Plano Rodoviário Nacional (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 222/98, de 17 de Julho). Situação material por que muitos municípios se recusam a aceitar na sua rede viária estradas degradadas sem que a Estradas de Portugal, EPE, leve a cabo as melhorias necessárias. Situação jurídica porque do conflito negativo de atribuições entre os municípios e a referida entidade pública empresarial resulta amiúde o bloqueio de pedidos de licença para utilização das zonas *non aedificandi* (Decreto-Lei n.º 13/71, de 23 de Janeiro, e Decreto-Lei n.º 13/94, de 15 de Janeiro).

(E)

Património arquitectónico e arqueológico

Apenas muito pontualmente surgem queixas contra obras particulares lesivas do património arquitectónico classificado ou em vias de classificação, ou por serem executadas nas **zonas de protecção** sem o parecer favorável do Instituto Português do Património Arquitectónico ou ao arrepio das condições estipuladas no parecer.

Houve oportunidade de recomendar a este Instituto que adoptasse providências mais intensas contra algumas edificações que a Câmara Municipi-

pal de Guimarães se abstém de demolir na zona de protecção à Capela do Espírito Santo, em São Lourenço de Sande (v. *infra, proc. R-2833/94*). Com efeito, desde há dez anos que o Provedor de Justiça vem persuadindo à reposição da legalidade, mas nem todas as edificações vieram a ser demolidas, pese embora o facto de inequivocamente não se mostrarem susceptíveis de legalização.

A classificação desta capela e do cruzeiro adjacente foram determinadas por imperativo de **interesse nacional**. Contudo, a salvaguarda da zona de protecção – como em outros casos – depois de consumadas as obras de edificação, parece ficar à mercê das autoridades municipais. Esta fragilidade do sistema e do aparelho do IPPAR haveria de justificar uma preocupação efectiva da parte dos poderes públicos superiores (Governo e Assembleia da República).

Apesar das insistências desenvolvidas junto dos dois Ministros da Cultura (XV e XVI Governo), continua por desenvolver, em aspectos cruciais, a Lei de Bases da Política e do Regime de Protecção e Valorização do Património Cultural (Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro). Especialmente onerados por este facto são os proprietários de imóveis classificados, sujeitos a elevadíssimos custos de conservação, mas sem subvenção pública alguma.

(F) Órgãos e serviços reclamados

Os **órgãos municipais** surgem como principais visados na larga maioria das queixas (76,1%), ao que acresce um número significativo de reclamações em que estes mesmos órgãos e seus serviços são objecto de queixa, embora a título lateral ou acessório (16%).

Destaca-se o município de **Lisboa** e as suas empresas públicas (9%), seguido por **Oeiras** e pelo **Porto** (3%), por **Gondomar**, **Loures**, **Cascais** e **Vila Nova de Gaia** (2%).

No mais, a título principal, surgem o ex-**Instituto das Estradas de Portugal** (6,9%) e os **órgãos das freguesias** (2,4%).

A Administração do Estado é visada, principalmente, a nível dos seus órgãos desconcentrados e como segunda ou terceira entidade visada, o que bem se compreende se pensarmos que a actividade administrativa ambiental

e o fomento de obras públicas obedecem a intervenções e tarefas repartidas entre o Estado e as autarquias locais. Na verdade, mais de 34% dos processos instruídos nesta área obrigam a averiguações junto de duas ou três entidades diferentes. Neste segmento, sobressaem as **comissões de coordenação e desenvolvimento regional** (10%), a **Guarda Nacional Republicana** (9%) as **direcções regionais da economia**, as **autoridades concelhias de saúde** e os **governos civis** (5%), as **comissões directivas das áreas protegidas** (2%).

O panorama geral de cooperação com o Provedor de Justiça, em termos de celeridade e qualidade da informação prestada pelos mais diversos departamentos públicos, é justo reconhecê-lo, conheceu uma significativa melhoria, assinalando-se como especialmente notório o caso das câmaras municipais de Sintra, de Almada, de Santa Maria da Feira, do Entroncamento e do Porto (no segundo semestre de 2004). A EP, Estradas de Portugal, EPE (os serviços centrais do ex-Instituto das Estradas de Portugal) e as concessionárias AENOR, SA, e BRISA, SA, merecem uma chamada de atenção muito positiva, de modo particular, na disponibilidade para a prestação informal de esclarecimentos (por telefone, correio electrónico, por telecópia). Uma palavra de apreço para o esforço sentido da parte das câmaras municipais de Valongo e de Gondomar.

Já as câmaras municipais do Seixal, de Faro e de Coimbra continuam a justificar preocupação da nossa parte, ao nível da destreza no andamento das solicitações formuladas aos seus serviços. O mesmo se diga da Câmara Municipal de Lisboa, com honrosas excepções da Direcção Municipal de Conservação e Reabilitação Urbana, da Direcção Municipal de Ambiente Urbano e do Departamento de Tráfego. As frequentes redistribuições dos pelouros e das competências dos serviços, na orgânica municipal de Câmara de Lisboa, implica, da nossa parte, um contínuo *aggiornamento* e deixa perder, não raras vezes, contactos privilegiados que se tinham firmado com o vereador ou com o departamento anteriormente competente para responder e tratar do assunto. Por fim, uma nota para o Instituto de Conservação da Natureza e para a generalidade das áreas protegidas a seu cargo: morosidade e vaguidade nas respostas.

Reaberturas – 2004

Processos reabertos (44) - por assuntos – 2004		
URBANISMO E HABITAÇÃO	20,45%	
	obras de edificação	22,2%
	utilização das edificações	
	loteamentos e obras de urbanização	11,1%
	conservação e reabilitação de edifícios	44,4%
	áreas urbanas de génese ilegal	
	projectos das especialidades e ligação a redes públicas	11,1%
	gestão do património habitacional público	11,1%
	arrendamento urbano privado	
	propriedade horizontal	
	outros	
AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS	56,82%	
	água	16,0%
	solo e subsolo	4,0%
	ruído	56,0%
	floresta	4,0%
	fauna	
	qualidade do ar	
	radiações	4,0%
	salubridade	4,0%
	paisagem	
	gestão de resíduos	8,0%
	produtos inflamáveis, tóxicos ou explosivos	4,0%
	outros	

ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO	22,73%	
	Geral	60%
	Instrumentos de gestão territorial	
	regimes territoriais específicos (áreas protegidas, RAN, REN)	20,0%
	obras públicas ou de interesse colectivo (localização/avaliação do impacte ambiental/execução)	40,0%
	Domínio público	40%
	via pública (quiosques, esplanadas, reclamos, estacionamento tarifado, iluminação pública)	20,0%
	estradas e caminhos públicos	
	domínio público marítimo e fluvial	20,0%
	outros (zonas verdes, etc.)	
	Expropriação por utilidade pública	
	procedimento	
	falta de procedimento (esbulho)	
	Servidões administrativas	
	Outros	
PATRIMÓNIO ARQUITECTÓNICO E ARQUEOLÓGICO	0,5%	
LAZERES		
	Caça e pesca desportiva	
	Turismo	
	Jogos de fortuna ou azar	
Outros		
TOTAL	100%	

Processos novos – 2004

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%

Ambiente e recursos naturais...

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

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Castelo de Paiva

P-1/04
Rec. n.º 3/A/2004
Data: 22.03.2004
Coordenador: André Folque

I Exposição de motivos

A) Delimitação preliminar

1. Tendo presente o teor da comunicação de V. Ex.^a, com as referências assinaladas ao alto, e assim cumprido o dever de audição prévia, enunciado no art. 34.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, entendo encontrar-me em condições de tomar posição a respeito da legalidade do aviso de abertura publicado no Diário da República, III Série, n.º 244, de 21 de Outubro p.p., pelo qual se determina a abertura de concurso interno geral para provimento do lugar de Chefe da Divisão Municipal de Planeamento, Urbanismo e Habitação.

2. A questão central está em saber qual a margem de livre apreciação de que dispõe o órgão competente, quando, nos termos do disposto no art. 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 514/99, de 24 de Novembro, determina a abertura de um concurso para provimento de um lugar em cargo dirigente, para concretizar o que a lei prevê como licenciatura adequada.

3. Com efeito, no referido aviso de abertura limita-se o concurso aos candidatos licenciados em Engenharia Civil ou em Direito, o que leva este órgão do Estado a interrogar-se acerca da legalidade na exclusão de outras



licenciaturas em estreita afinidade com o conteúdo funcional do cargo e com as competências do órgão.

4. O Presidente, na resposta que me endereçou e em que suscita escusa para não intervir em procedimento relativo a esta questão, procura justificar a delimitação operada com base nas seguintes motivações:

- a) o curso de Engenharia Civil porque *«abrange a totalidade das áreas técnicas de actuação do âmbito da D.P.U.H.»*;
- b) a licenciatura em Direito porque apesar de não possuir a componente técnica, *«sendo generalista, integra o ramo do urbanismo, pelo que, em coadjuvação com o pessoal técnico afecto quer à Divisão quer ao respectivo Departamento Técnico, garante à autarquia o recrutamento de um Chefe de Divisão detentor das qualificações indispensáveis às exigências do lugar a prover»*.

5. O regulamento interno que procedeu à reestruturação dos serviços e alterou o quadro de pessoal e o organograma da Câmara Municipal de Castelo de Paiva ¹⁸ enuncia no art. 10.º as competências comuns do pessoal dirigente sem que valha a pena proceder à sua análise, pois para este campo importa apenas a licenciatura.

6. A adequação reporta-se ao lugar, em concreto, de modo que as licenciaturas adequadas à direcção do Gabinete de Informática não são certamente as mesmas que se perfilam para a Divisão de Obras Municipais.

7. Como tal, importa fundamentalmente atender ao disposto no art. 30.º, onde, para além das competências próprias do Chefe da Divisão de Planeamento, Urbanismo e Habitação (n.º 3) são enunciados os serviços desta unidade (n.º 2), as suas tarefas (n.º 4 e n.º 5) e, em particular, da sua Secção Administrativa (n.º 6) e do respectivo chefe (n.º 7).

8. Observa-se, pois, que a referida divisão tem funções de estudo e concepção, funções de preparação e de apoio na decisão superior e funções de execução nas atribuições municipais relativas:

- a) à elaboração de projectos de planos municipais, de propostas de alteração e ao acompanhamento das suas vicissitudes, assim como

¹⁸ Publicado no Diário da República, II Série, n.º 45, (apêndice n.º 28), de 23.02.2000, em especial, o disposto no artigo 30.º.

de planos de salvaguarda e valorização do património cultural, de par com a apreciação de projectos encomendados a terceiros nestas áreas;

- b) à execução dos recursos territoriais, no tocante à inventariação permanente de terrenos urbanos e urbanizáveis, de estudos de pormenor, de levantamentos topográficos, de terrenos municipais disponíveis;
- c) à execução dos planos municipais, seja por via do controlo das operações urbanísticas, nas diferentes fases do licenciamento ou auto-ritização, seja na liquidação de taxas e compensações urbanísticas, seja ainda na «funcionalidade, imagem e utilização do espaço urbano»;
- d) à conservação e beneficiação das edificações particulares;
- e) à adopção de medidas de polícia urbanística e à organização de processos de reclamações;
- f) ao estudo e concepção da estratégia municipal de habitação, ora directamente pela construção de habitação social, ora indirectamente por incentivo de iniciativas privadas e cooperativas e por medidas de estímulo ao mercado do arrendamento;
- g) à inventariação, conservação e gestão do parque habitacional público do município.

B) Licenciatura adequada

9. Não podendo nem devendo o legislador prever o nexo de adequação entre cada um dos lugares para cargos dirigentes da Administração Pública e a licenciatura ou as licenciaturas mais ajustadas ao bom desempenho nas funções, cumpre ao órgão competente aplicar em concreto tal conceito indeterminado.

10. Mas interessa começar por saber qual a margem de autonomia de que dispõe para o fazer.

11. Trata-se, por conseguinte, de interpretar e aplicar o conceito impreciso de licenciatura adequada.

12. Desde logo, a adequação, exprimindo um juízo de relação entre o lugar a prover e a vasta oferta de licenciaturas, não pode deixar de cingir-se a

estes dois campos. Por um lado, o da formação superior que determinada licenciatura confere. Por outro, as tarefas da divisão municipal e as competências do seu chefe.

13. Os conceitos imprecisos, a sua interpretação e aplicação não constituem um espaço de liberdade. À imagem do que se verifica com os poderes discricionários, o órgão está vinculado, não apenas pela generalidade dos pressupostos da sua decisão e pelos limites externos configurados como princípios gerais do Direito Administrativo, como também pelo fim.

14. É à luz do fim que o órgão há-de poder encontrar as chamadas zonas de certeza na aplicação do conceito: zonas de certeza positiva (as licenciaturas manifestamente adequadas) e zonas de certeza negativa (as licenciaturas manifestamente inadequadas).

15. Ora, o fim, como parece bem de ver, é o de aproximar – o mais possível – o universo das tarefas públicas e a formação superior do candidato, de sorte que a escolha a efectuar na classificação dos concorrentes recaia, com maior probabilidade, em alguém que domine – o mais possível – os conhecimentos técnicos e científicos necessários ao bom desempenho das funções.

16. O que se trata, pois, no caso concretamente descrito, é saber se o órgão ao limitar a escolha às licenciaturas em Engenharia Civil e em Direito não terá arbitrariamente afastado outras licenciaturas, pelo menos tão adequadas quanto estas duas. Por outras palavras, outras licenciaturas cujo campo curricular de formação científica e técnica se encontre ainda na zona de certeza positiva da adequação, já de acordo com a delimitação operada.

17. Na citada resposta, de 2 de Março p.p., é explicada a adequação daquelas duas licenciaturas, mas jamais é explicada a razão por que se consideraram apenas estas duas como as únicas licenciaturas adequadas.

18. Não se trata, pois, de indagar acerca de toda e qualquer licenciatura (em Filosofia ou em Línguas e Literaturas Modernas, em Matemática ou em Medicina Veterinária) mas, sim, das licenciaturas que habilitam a uma formação vocacionada para o planeamento, urbanismo e habitação, do ponto de vista da intervenção municipal.

19. Com elevada plausibilidade, poderiam referenciar-se todas as licenciaturas vocacionadas para ramos do saber científico que têm como objecto, quantitativa ou qualitativamente, o espaço, o território, o seu uso e gestão, e em particular, o espaço urbano, a qualidade de vida urbana, a segurança, salubridade e estética das edificações urbanas.

20. Sem maiores cuidados de aprofundamento, as licenciaturas em Arquitectura, em Arquitectura Paisagista, em Urbanismo, em Geografia ou em Engenharia Geográfica parecem seguramente posicionadas entre a Engenharia Civil e o Direito.

21. No que toca especificamente à licenciatura em Arquitectura, parece recortar-se de modo muito claro a sua afinidade com a área em questão, bastando ter presente o que o Decreto-Lei n.º 176/98, de 3 de Julho, definiu como actos próprios da profissão de arquitecto, no seu art. 42.º, n.º 3:

«estudos, projectos, planos e actividades de consultadoria, gestão e direcção de obras, planificação, coordenação e avaliação, reportadas ao domínio da arquitectura, o qual abrange a edificação, o urbanismo, a concepção e desenho do quadro espacial da vida da população, visando a integração harmoniosa das actividades humanas no território, a valorização do património construído e do ambiente.»

22. E esta afinidade tem lugar tanto em relação à área de recrutamento, como especificamente no que concerne à licenciatura em Engenharia Civil, uma vez que por se manter ainda em vigor o Decreto n.º 73/73, de 28 de Fevereiro, há vastas zonas comuns da actividade profissional de engenheiros civis e arquitectos.

23. Mas mais ainda. A Resolução da Assembleia da República n.º 52/2003, de 22 de Maio ¹⁹, chama a atenção do Governo para o teor da Directiva n.º 85/384/CEE, do Conselho, de 10 de Junho de 1985, o que obriga ao levantamento das actuais restrições sobre os actos próprios da profissão de arquitecto.

24. Ora, boa parte das iniciativas municipais ou privadas, dos projectos, das obras e das infra-estruturas que passam pela actividade da D.P.U.H., desde o planeamento urbanístico à reabilitação urbana, da habitação social às operações de loteamento, passarão por actos próprios da arquitectura.

25. De resto, já o Decreto-Lei n.º 205/88, de 16 de Junho, determina a intervenção obrigatória de arquitecto para certas operações urbanísticas

¹⁹ Diário da República, I Série-A, n.º 134, 11 de Junho de 2003.

(obras a executar em imóveis classificados, em vias de classificação e no perímetro das suas zonas de protecção).

26. Se isto não significa que o chefe de divisão tenha de ser licenciado em Arquitectura, quer pelo menos dizer que se revela como manifesto erro de qualificação impedir todo e qualquer arquitecto de o vir a ser.

27. Por seu turno, o exame da interpretação e aplicação dos conceitos imprecisos – o controlo externo da motivação – não dispensa um teste de racionalidade, designadamente à coerência dos fundamentos que nortearam a decisão administrativa.

28. Neste campo, teremos de tomar em linha de conta que a motivação apresentada pelo município de Castelo de Paiva assenta em três ordens de considerações:

- a) é importante que a licenciatura abranja a totalidade das áreas técnicas de intervenção da D.P.U.H.;
- b) é relevante o domínio de conhecimentos específicos de urbanismo ou, ao menos, de direito do urbanismo;
- c) é menos relevante o facto de uma licenciatura conceder uma formação generalista, já que o dirigente se poderá suportar na coadjuvação do pessoal técnico.

29. Poderia suscitar-se a questão de saber se todos os licenciados em Direito possuem formação em Direito do Urbanismo e se todos os licenciados em Engenharia Civil adquiriram na universidade conhecimentos científicos sobre todas as áreas técnicas da D.P.U.H..

30. Mas o importante parece ser, ao fim e ao cabo, se mediante a coadjuvação pelo pessoal técnico não é possível reconhecer como válida uma outra formação superior – ao nível da licenciatura – que embora generalista se revele suficiente.

31. Dir-se-ia que, de qualquer modo, algumas licenciaturas seriam mais adequadas do que outras. Todavia, e ao contrário do que possa parecer, isso não é importante.

32. Isto, porque dentro das licenciaturas adequadas, o aviso de abertura deste concurso enuncia como preferencial a licenciatura em Engenharia Civil (n.º 2, do aviso, na publicação oficial).

II Conclusões

A) Dispõe o Presidente da Câmara Municipal de Castelo de Paiva de certa margem de autonomia na delimitação da área de recrutamento para os lugares de cargos dirigentes, ao interpretar e aplicar o conceito de licenciatura adequada.

B) Esta autonomia é porém autonomia pública, motivo por que se encontra sujeita – entre outras limitações – ao fim da norma (a extrair fundamentalmente do regulamento de organização dos serviços municipais de Castelo de Paiva) e à racionalidade interna da motivação.

C) Não se reprovava o nexo de adequação delineado entre as licenciaturas em Direito ou em Engenharia Civil e as necessidades a satisfazer por quem venha a ser provido como Chefe da Divisão Municipal de Planeamento, Urbanismo e Habitação. Uma e outra não se mostram na zona de certeza negativa do conceito de licenciatura adequada quando aplicado ao lugar a prover.

D) Contudo, não pode deixar de ter-se como arbitrária – e ilegal, por isso – o afastamento *a priori* de outros licenciados com formação superior específica no conhecimento científico do espaço, do território e sua ordenação, da acção humana sobre o território, em particular, da urbanização e edificação.

E) Designadamente, os actos próprios da profissão de arquitecto e a formação adquirida na licenciatura em Arquitectura mostram-se em estreita afinidade com o conjunto de tarefas e competências próprias da referida divisão municipal, não se vendo que motivo dirimente possa levar à restrição.

F) Isto, tanto mais quando continua a vigorar o Decreto n.º 73/73, de 28 de Fevereiro, onde se permite uma zona comum de actos e tarefas às duas profissões.

G) A licenciatura em Arquitectura preenche as condições para ser reconhecida na zona de certeza positiva do conceito de licenciatura adequada, quando estão em causa tarefas nos domínios do planeamento, do urbanismo e da habitação e quando se reconheceram como adequadas as licenciaturas em Direito e em Engenharia Civil, vistas como outras abordagens técnicas e científicas na mesma área.

H) De resto, se é de admitir que alguma licenciatura – dentro das adequadas – pode ser mais adequada do que outras, importa não perder de

●
●
●
Ambiente e recursos naturais...

vista que no n.º 2 do aviso de abertura é estabelecida como condição preferencial a licenciatura em Engenharia Civil.

I) O aviso de abertura do concurso deve ser tido como inválido no seu n.º 1, ao excluir sem fundamento material objectivo a licenciatura em Arquitectura da área de recrutamento.

Em face do exposto, e para os efeitos do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.ª:

A revogação por ilegalidade do aviso de abertura do concurso interno geral, publicado no Diário da República, III Série, n.º 244, de 21 de Novembro de 2003, para provimento do lugar de Chefe da Divisão de Planeamento, Urbanismo e Habitação.

Acatada.

Ex.º Senhor
Presidente do Instituto Português
do Património Arquitectónico

R-2823/94
Rec. n.º 7/A/2004
Data: 28.04.2004
Assessor: Maria Ravara

1. Em 16.10.1996, recomendara ²⁰ o meu antecessor à Câmara Municipal de Guimarães que adoptasse as pertinentes medidas destinadas a restabelecer a legalidade urbanística e a protecção devida à *Capela do Espírito Santo* e ao *Cruzeiro* adjacente, sitos na freguesia de São Lourenço de Sande,

²⁰ Recomendação n.º 77/A/96, de 16 de Outubro.

classificados como imóveis de interesse público, pelo Decreto n.º 516/71, de 22 de Novembro.

2. Isto, depois de ter concluído que a Câmara Municipal de Guimarães e o seu Presidente vinham tolerando a subsistência de várias edificações particulares na zona de protecção à *Capela do Espírito Santo* e ao *Cruzeiro* adjacente, encontrando-se reunidos os pressupostos que justificavam a demolição, como única medida idónea para reintegrar a legalidade infringida e salvaguardar o património cultural lesado. Com efeito, já a câmara municipal obtivera do Instituto Português do Património Arquitectónico (adiante designado por IPPAR), informação que apontava para a insusceptibilidade de tais edificações virem, pelo menos, na totalidade, a ser legalizadas.

3. Responsáveis da Provedoria de Justiça tinham-se deslocado a São Lourenço de Sande, em 12.04.1996, e ali confirmaram a existência de várias edificações unifamiliares, muros, anexos – um deles, para sauna e ginásio, outro, para aves de criação – e elementos decorativos, tais como gradeamentos e colunas na área de protecção, tendo depois sido verificado nos serviços municipais que alguns dos trabalhos tinham chegado a ser embargados, mas apenas formalmente.

4. Desde então, ou seja, há mais de oito anos, que a Provedoria de Justiça vem acompanhando sistematicamente todos os desenvolvimentos que o assunto conheceu e a intervenção que o IPPAR vem concedendo à sua resolução.

5. As primeiras informações obtidas na sequência da recomendação, pareciam apontar para o acatamento, já que a câmara municipal determinara, em 11.12.1996, a demolição, entre outras, das construções executadas por *A* e *B* e estipulara um termo certo, sob pena de executar coercivamente e a expensas dos infractores as operações de demolição.

6. Porém, logo em 17.12.1996, transmitia a câmara municipal que o prazo transcorreria sem que as necessárias operações tivessem sido levadas a cabo pelos munícipes *A* e *B*. Os demais infractores, por seu turno, teriam executado a sua parte.

7. Por isso, fixara um novo termo para empreender e concluir as demolições – o de 20.01.1997 – sob cominação de posse administrativa do terreno para a execução coerciva das obras de demolição.

8. Entretanto, o *Cruzeiro* adjacente, também classificado, fora pintado com tinta de esmalte verde por autor desconhecido, o que não podia deixar de representar um dano significativo para o património.

9. Em 10.04.1997, verificaram os serviços municipais de fiscalização a execução, apenas parcial, dos trabalhos de demolição.

10. Nova informação foi prestada pela Câmara Municipal de Guimarães, em 18.09.1997, indicando que os infractores citados tinham dado início aos trabalhos de demolição, mas, como não houvessem cumprido integralmente o estipulado, aguardava-se informação do Departamento de Obras Municipais.

11. Depois disso, outras queixas foram apresentadas em relação a obras clandestinas na zona de protecção à *Citânia de Sabroso*, local próximo ao da zona de protecção à *Capela do Espírito Santo*.

12. A uma informação transmitida em 28.04.1998, pela Câmara Municipal de Guimarães, segundo a qual os trabalhos de demolição coerciva seriam iniciados em 19.05.1998, veio a suceder uma outra, rectificando a data para 19.06.1998.

13. Em 11.08.1998 esclarecia a câmara municipal não terem sido demolidos os acessos que desembocam no Largo da Confraria, e que o munícipe *A* instalara um portão em madeira no local onde fora executada a demolição. Por esse motivo, encontrava-se inviabilizada a execução de alguns trabalhos que tinham sido exigidos pelo IPPAR e pela Câmara Municipal de Guimarães, na reunião de 09.01.1996 com os infractores.

14. A Provedoria de Justiça desenvolveu, bem assim, várias diligências junto do IPPAR, a fim de conhecer o ponto da situação das obras cuja demolição fora recomendada por se encontrarem localizadas na zona de protecção da *Capela* e do *Cruzeiro*, de saber das medidas adoptadas para regularização das obras ilegais e das eventuais averiguações levadas a cabo perante a pintura com tinta de esmalte do *Cruzeiro*, já que se indiciava a prática de um crime de dano, qualificado por lesar património cultural classificado.

15. Interpelado o IPPAR, em 2.12.1998, muito pouco nos seria adiantado. Tomámos conhecimento, porém, do teor de um inventário – que solicitáramos fosse feito – descrevendo as demolições já cumpridas e o existente por demolir.

16. Como tal, soube-se que, em 15.10.1998, a Direcção Regional do IPPAR no Porto enviara uma representação ao local para aferir do cumpri-

mento dos trabalhos definidos, a fim de prover pela salvaguarda do conjunto arquitectónico classificado, participando os elementos apurados à Câmara Municipal de Guimarães ²¹. Concluíra-se que permaneciam por executar os seguintes trabalhos cuja imposição fora decretada na sequência de reunião de 09.01.1996:

a. A.:

- (i) demolição do acesso que desemboca no largo e de um maciço da antena parabólica;
- (ii) remoção da antena e do entulho da anterior demolição dos anexos e de muro de vedação;
- (iii) reposição de um talude junto à estrema confinante com os terrenos da C;
- (iv) plantação de cortina arbórea.

b. C :

- (v) construção de um muro de vedação a sul;
- (vi) arborização da faixa de terreno confinante com a propriedade de A;
- (vii) tratamento paisagístico do aterro executado;
- (viii) correcção no escadório.

17. Do mesmo passo, a Directora Regional do IPPAR formulava as considerações seguintes:

«...Face ao levantamento efectuado e à degradação e risco em que a área envolvente do Cruzeiro se encontra, considera-se da maior importância que a C construa o mais rapidamente possível o muro de vedação a Sul, retirando a vedação provisória e todos os restantes elementos aí colocados.

Caso não se torne possível pontualmente executar esse muro nos locais onde existe desnível acentuado deverá, nesta situação, aguardar-se que o Sr. A reponha o talude de terras na sua proprie-

²¹ Ofício de 28.10.1998.

dade, colocando-se entretanto guarda provisória de precaução. Deverá simultaneamente efectuar-se plantação de espécies arbóreas na envolvente do cruzeiro e na zona posterior da capela onde foi reposto o talude de terra em falta».

18. Todavia, em 1999, o IPPAR reconhecia que a situação se mantinha basicamente inalterada, afirmando dever-se a não execução coerciva dos trabalhos, ao menos em parte, a condicionalismos de ordem construtiva.

19. Do mesmo passo, informava a Direcção Regional do IPPAR nada ter providenciado relativamente aos estragos causados no *Cruzeiro* por considerar que “face à gravidade das questões em análise e em processo de demolição, interessava repor a sua legalidade prioritariamente, embora privilegiando a atitude pedagógica.” Na mesma data solicitaria “a urgente intervenção da autarquia a fim de concluir este já longo processo”²².

20. Inquirindo-se, de novo, a Câmara Municipal de Guimarães, viemos a saber, em 02.07.1999, encontrar-se em elaboração uma «planta relativa às cotas que o terreno terá de observar, por forma a que não haja dúvidas sobre o alcance da reposição, pois há inclusive zonas onde tal não será necessário, conforme se verificou no local, juntamente com os técnicos do IPPAR.”

21. Uma vez que se mostrava indiciada a prática de um crime contra o património cultural, previsto e punido como dano qualificado, participámos os factos conhecidos ao Ministério Público, em 29.06.2000. Todavia, o inquérito viria a ser arquivado por se considerarem não preenchidos os elementos típicos do crime de desobediência e por falta de indícios de crime de dano.

22. Em seguida, a câmara municipal levou a cabo várias acções de fiscalização, promoveu a audição, uma vez mais, dos proprietários e renovou as intimações para demolição, concedendo novas dilações para cumprimento voluntário. Tudo isto sem resultado útil.

23. Tanto quanto apurámos, as últimas intimações aos proprietários para demolição foram despachadas em 07.05.2003, sem que, na falta de cumprimento voluntário, se tenha a Câmara Municipal de Guimarães substituído aos faltosos na execução dos trabalhos necessários.

²² Ofício de 26.02.1999.

24. Se bem que a posição inicialmente assumida pela câmara municipal se revelasse favorável, o certo é que, até hoje, o problema não conheceu uma solução definitiva. Algumas construções chegaram a ser demolidas, é certo, mas boa parte subsistiria, com especial destaque para as da responsabilidade de A .

25. Da parte do IPPAR, em 27.01.2000, a situação era, no essencial, a mesma, informando-nos a Direcção Regional do Porto que, na sequência da reunião de 10.11.1999, com o arquitecto responsável pelo projecto de construção da habitação do Senhor A, aguardavam a apresentação do projecto de legalização daquela edificação. Do mesmo passo, admitiria o Director Regional do Porto desconhecerem aqueles serviços o estado do processo de reposição do terreno e a construção de muro de vedação²³.

26. A Provedoria de Justiça promoveu então uma reunião com os responsáveis da Direcção Regional do Porto (IPPAR), a qual teve lugar em 11.07.2000. Ao tempo, foi-nos contraposta a insuficiência de recursos técnicos e humanos do IPPAR para poder fazer mais.

27. A confraria que, entretanto, cumpriu as intimações para demolir algumas obras que executara em redor da *Capela* veio, em 11.04.2003, confirmar-nos que o Sr. A não cumprira a sua parte. Isto, porém, sem que a Câmara Municipal de Guimarães tenha usado de uma actuação firme que o decurso do tempo justificaria decerto.

28. Perante a passividade que as autoridades administrativas têm evidenciado – Câmara Municipal de Guimarães, mas também o IPPAR – estou em crer que os infractores acalentam boas razões para acreditarem na conservação de boa parte do que edificaram, com manifesto prejuízo do interesse público que, desde 1971, justifica a classificação da *Capela* e do *Cruzeiro*.

29. Ao invés, aqueles que se dispuseram voluntariamente a demolir, sentir-se-ão injustamente sacrificados e porventura tentados a ignorar a zona de protecção sempre que entendam introduzir novas benfeitorias nas edificações que possuem.

30. Tudo isto, apesar de rotundamente o IPPAR recusar qualquer viabilidade para a legalização das obras que o decurso do tempo, aliado à incúria das autoridades, vem consolidando.

²³ Ofício de 27.01.2000.

31. Não será excessivo considerar que, no decorrer dos nove anos que leva a instrução deste processo, apenas a Provedoria de Justiça tem perseverado na procura de um desfecho positivo para a situação reconhecidamente gravosa.

32. Observa-se, de resto, que o centro histórico da cidade de Guimarães encontra-se classificado pela UNESCO como Património da Humanidade, o que acarreta especiais responsabilidades no domínio da protecção do património cultural.

33. Embora a *Capela do Espírito Santo* se encontre numa freguesia relativamente periférica – e longe da procura turística – nem por isso deixa de ser particularmente notada a indulgência concedida aos infractores.

34. A tolerância, sem causa legítima, do reiterado desrespeito de intimações para reposição desprestigia a autarquia e vem, também, debilitando, de forma significativa, a autoridade do IPPAR, embora deva reconhecer-se que a demolição – por estranha imprevisão legal ²⁴ – só esteja ao alcance do presidente da câmara municipal.

35. Mas, ainda assim, não posso deixar de assinalar como pouco diligente a conduta assumida pelo IPPAR no presente caso, com inadequado exercício dos poderes que a lei lhe comete para adequada protecção dos imóveis de interesse cultural.

36. Poderia o IPPAR, tendo presente as suas especiais atribuições na defesa e valorização do património cultural ter redobrado esforços, lançando mão de todos os meios ao seu alcance para a prossecução daquela finalidade.

37. Ao invés, a Direcção Regional do IPPAR no Porto tem-se cingido a acompanhar a situação, com as informações que, casualmente, lhe são transmitidas pela câmara municipal, não reagindo, como seria de esperar, com empenho e determinação, perante a execução de obras que descaracterizam a envolvente do conjunto classificado e a manifesta indolência daquele órgão autárquico, na reintegração do interesse público lesado.

38. Assim, o interesse nacional – patente na classificação do imóvel e na atribuição ao IPPAR para zelar pela sua salvaguarda – fica subalternizado

²⁴ Tanto na Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, como antes na Lei n.º 13/85, de 7 de Julho.

ao maior ou menor esforço municipal para o fazer respeitar perante os interesses particulares dos infractores.

39. Tem sido o Provedor de Justiça, ao fim e ao cabo, a entidade mais determinada a não deixar postergados os interesses patrimoniais lesados, sem que possa, no entanto, pela sua própria natureza, substituir-se às autoridades administrativas visadas.

40. Contemporizar por mais tempo com os infractores, tolerando a subsistência de construções ilegais e o não cumprimento de intimações de reposição, quando é certo que dispuseram os seus proprietários do tempo necessário para os regularizar, é inconveniente, é injusto para com os proprietários que providenciaram a obtenção das pertinentes licenças de construção e utilização e mostra-se claramente lesivo de bens que, pelo seu peculiar valor, integram o património cultural.

Atento o exposto, e no exercício dos poderes que me são conferidos pelo art. 20.º n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 9 /91, de 9 Abril (Estatuto do Provedor de Justiça),

Recomendo

ao Instituto Português do Património Architectónico, presidido por V. Ex.^a:

que analise cuidadosamente esta situação, procure dela retirar as devidas ilações, e no âmbito das competências atribuídas pela Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 120/97, de 16 de Maio, acompanhe mais activamente junto da Câmara Municipal de Guimarães e do seu Presidente a execução das medidas de reintegração da legalidade acordadas desde 1996, de modo a proceder-se, por fim, ao saneamento dos graves prejuízos que lesam a *Capela do Espírito Santo* e o *Cruzeiro*, na freguesia de São Lourenço de Sande.

O Presidente do IPPAR considera, na resposta endereçada ao Provedor de Justiça que apenas a Câmara Municipal de Guimarães está em condições de garantir a reposição da legalidade e considera que as diligências empreendidas por aquele órgão autárquico são de modo a salvaguardar o interesse público preterido. A Provedoria de Justiça pondera apresentar o caso – que se arrasta sem solução integral desde 1994 – ao membro do Governo com a tutela e superintendência sobre o IPPAR, assinalando a singularidade de um imóvel cuja protecção é ditada por motivos de interesse nacional, se encontrar confiado à intervenção municipal.

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Sintra

R-3843/02
Rec. n.º 13/A/2004
Data: 30.11.2004
Assessor: Isabel Canto

(A)
Síntese da reclamação

1. Em 27.11.2002, foi-me apresentada queixa, sobre a qual veio a ser organizado e instruído o processo R-3843/02 (A1), queixa em que é descrito um conjunto de operações urbanísticas ilegais executadas no Lugar de Azóia, Freguesia de Colares, Sintra.

2. Tais operações, empreendidas por dois indivíduos, identificados no processo, em prédio rústico adquirido por um deles, diz-se assumirem especial gravidade por lesarem interesses públicos ambientais muito significativos, uma vez que se trata de espaço de protecção qualificada dentro do Parque Natural de Sintra-Cascais, em zona declivosa e compreendida no domínio hídrico.

3. Numa área edificada, que o reclamante estima em cerca de 1.000 m², os reclamados particulares teriam vindo a construir, desde 1998, um conjunto interligado de unidades, algumas encimadas por torreões, procurando um efeito de réplica aproximada do Convento da Arrábida.

4. Opõe que se trata de um logro histórico, por jamais ter existido no local convento algum, afirmando louvar-se no testemunho de especialistas locais em arqueologia.

5. De par com estas operações, teriam sido executadas infra-estruturas hidráulicas, desviado o curso de uma linha de água e construídos pontões. Isto, sem procedimento de avaliação do impacte ambiental que o queixoso considerava necessário.

6. E, mau-grado o facto de não terem obtido licença municipal para as operações urbanísticas reclamadas, conseguiram não apenas obter abaste-

cimento de água a partir da rede pública, como também o fornecimento de energia eléctrica.

7. Acrescia a abertura de uma estrada na encosta sem prévio controlo por parte das autoridades administrativas competentes e a expansão da área edificada para terrenos alegadamente baldios.

8. O conjunto edificado, segundo expõe na queixa, vem sendo explorado como empreendimento turístico, com prestação de serviços de hospedagem largamente difundida em publicações da especialidade, em jornais e revistas de grande circulação e na *internet*. O denominado Convento de S. Saturnino apresentar-se-ia, de resto, como unidade de turismo de habitação sem que a classificação própria jamais lhe tivesse sido reconhecida.

9. O queixoso pede ao Provedor de Justiça que intervenha junto das autoridades administrativas territorial e materialmente competentes, designadamente, a câmara municipal presidida por V. Ex.^a e o Parque Natural de Sintra-Cascais e o Instituto da Água, apontando a abstenção de medidas de polícia administrativa como fundamento.

10. Por outro lado, considera que o princípio da igualdade é infringido, concedendo-se aos promotores do denominado Convento de S. Saturnino um tratamento privilegiado em relação ao modo zeloso e de elevado rigor com que a câmara municipal e o parque natural impõem aos moradores da Azóia o cumprimento das prescrições legais e regulamentares, condicionando severamente operações urbanísticas de muito menor impacte.

(B)

Sequência da instrução

11. Foi solicitada a pronúncia de V. Ex.^a quanto à legalidade das operações, em particular, sua conformidade com as exigências de licenciamento municipal e posição das entidades da administração indirecta com atribuições territoriais e materiais: o Parque Natural de Sintra-Cascais e o Instituto da Água.

12. Pediu-se de V. Ex.^a que esclarecesse a Provedoria de Justiça acerca das providências de polícia administrativa adoptadas, tanto no domínio sancionatório (ilícito criminal e ilícito de mera ordenação social) como

também no domínio da reintegração dos interesses públicos lesados (embargo das operações).

13. Por ofício de 25.03.2003, veio V. Ex.^a, confirmar, no essencial, os factos imputados aos reclamados particulares.

14. Refuta, todavia, que as autoridades municipais e do Parque Natural de Sintra-Cascais tenham deixado de adoptar providências, nos seus domínios de intervenção.

15. Afirmou que os serviços de fiscalização começaram por identificar, em Janeiro de 2000, a construção de uma habitação com cerca de 125 m², do que resultara:

- a) a intimação para embargo dos trabalhos, transmitida por notificação ao proprietário, em 2.02.2000, com advertência para requerer a legalização, no prazo de 30 dias;
- b) a instauração de procedimento contra-ordenacional (proc.º 104/00), em 6.04.2000.

16. Posteriormente, em 15.10.2001, novas construções foram observadas no local, o que justificaria novo embargo municipal, notificado ao proprietário, em 22.10.2004.

17. O processo contra-ordenacional referido supra (15.b.) fora remetido aos tribunais para execução e ao Ministério Público participados factos indiciadores da prática de um crime de desobediência ao embargo municipal referido *supra* (15.a.).

18. Por seu turno, o Parque Natural de Sintra-Cascais instaurara dois procedimentos contra-ordenacionais, em 1999 e em 2002, verificadas as operações urbanísticas clandestinas: obras de construção, abertura e alargamento de uma estrada.

19. Da parte dos reclamados particulares, fora requerida a legalização das obras, em 30.03.2000, mas o procedimento administrativo viria a ser extinto por deserção dos interessados, uma vez que não lograram suprir deficiências apontadas ao requerimento.

20. De todo o modo, chegara a ser proferido parecer pelo Parque Natural de Sintra-Cascais em sentido absolutamente desfavorável à pretensão, com base na interdição contida no plano de ordenamento, ao tempo, em vigor, de quaisquer aumentos da área de implantação ou de construção para o local.

21. Admite – com base em indícios documentais – que preteritamente se encontrassem ruínas no prédio e uma construção.

22. Por conseguinte, embora ponderando a intimação para o proprietário repor o local no seu estado originário, não exclui a eventualidade de uma legalização parcial.

23. Em matéria turística, explica ter sido proferido parecer negativo à consulta empreendida pela Direcção Regional de Economia de Lisboa e Vale do Tejo para o licenciamento como unidade de turismo em espaço rural (TER).

24. Circulou, *on-line*, em 17.09.2003, em *portugaldiarior@iol.pt*, a notícia de que se procedia ao levantamento exaustivo das construções clandestinas por parte da nova direcção do Parque Natural de Sintra-Cascais, com vista à demolição.

25. Em 12.03.2004, de novo se procedeu à audição de V. Ex.^a, solicitando-lhe que nos explicasse a conformidade entre as expectativas que a sua anterior comunicação fizera constituir, em torno de uma mais pronta intervenção coerciva, e a denunciada subsistência integral das edificações (acompanhada de publicitada oferta turística ao público, visível nas imediações), e até o agravamento da mancha de construção, mercê de novas operações de edificação levadas a cabo no terreno.

26. Mais se solicitou que, em face da revisão do plano de ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais, fosse informado quanto às possíveis modificações no enquadramento normativo do local, para efeitos urbanísticos.

27. Sobreveio resposta de V. Ex.^a, em 12.04.2004, afirmando que a dilucidação da questão sempre passaria por contabilizar a área admitida como preexistente, na medida em que a presença de ruínas anteriores constitui pressuposto para a legalização de uma parte do conjunto edificado.

28. Ali também se expunham as razões já conhecidas publicamente que terão dificultado, em 2003, uma melhor coordenação de esforços com o Parque Natural de Sintra-Cascais. Não obstante, teria sido afirmado pela nova direcção deste último o compromisso de tratar definitivamente da situação reclamada, logo que findo o processo de revisão do plano de ordenamento.

29. O novo plano, por seu turno, publicado em 8.01.2004, vem aliviar, de algum modo, a interdição absoluta de operações urbanísticas que ampliem as áreas de implantação e de construção, designadamente, quando se

trate de empreendimentos turísticos, facto que introduz novo factor de complexidade jurídica à questão.

30. Deu-nos conta de que tivera lugar uma visita ao local, em 31.03.2004, por parte de uma equipa mista do Parque Natural de Sintra-Cascais e da câmara municipal, de onde resultara advertido o proprietário para a necessidade de apresentar pedido de legalização do conjunto edificado.

31. No mais, o embargo não chegara, com efeito, a ser transmitido à concessionária do serviço público de fornecimento de energia eléctrica (EDP, S.A.), porquanto se receava, perante a confusa referenciação cadastral e matricial dos prédios, que este facto levasse à interrupção no fornecimento de energia a outras edificações.

32. Logo, porém, que se mostrou possível identificar com precisão o prédio em questão – *artigo 10 – secção X2* – o embargo foi transmitido à conservatória do registo predial.

33. Do mesmo passo, enviou-nos V. Ex.^a o primeiro elemento cartográfico de que dispusemos.

34. Em 25.06.2004, solicitava-se de V. Ex.^a que nos desse conhecimento do desenvolvimento do assunto, nomeadamente, da interrupção do fornecimento de energia eléctrica a solicitar à EDP, como efeito do embargo municipal.

35. Em 12.08.2004, pelas 15,00 h, teve lugar visita ao local, na qual estiveram representados a Provedoria de Justiça, a Câmara Municipal de Sintra, a Junta de Freguesia de Colares e a Comissão Directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais.

36. Na deslocação ao Departamento de Urbanismo dessa câmara municipal, que se seguiu, consultaram-se elementos documentais vários e obtida reprodução daqueles que foram entendidos como mais relevantes para a instrução do processo.

37. Em 17.08.2004, viria V. Ex.^a responder às solicitações contidas no ofício de 25.06.2004 (*supra*, 34.). Do seu teor resultam dois novos factos relevantes:

- a) por um lado, terem sido notificados dos dois embargos a Conservatória do Registo Predial, a EDP, S.A., os Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Sintra, e a Gás de Portugal, SA;
- b) por outro lado, ter sido intimado, em 10.05.2004, por despacho de 16.04.2004, o actual proprietário para apresentar pedido de lega-

lização, no prazo de 30 dias, sob pena de vir a ser ordenada a demolição; contudo, a notificação postal veio devolvida, dispondo-se a Câmara Municipal a efectua-la por outro meio.

(C)
**Enquadramento jurídico e orgânico-administrativo
das questões controvertidas**

§ 1.º
Concurso de normas e coordenação de competências e atribuições

38. Os factos descritos e imputados aos reclamados particulares, identificados no processo, justificam a intervenção dos poderes públicos em duas vertentes complementares, mas distintas. Por um lado, no domínio sancionatório, por outro, no domínio das providências para reposição da legalidade e para a reintegração dos interesses públicos visados.

39. A relevância, porém, está longe de se mostrar linear ou unívoca, em face dos diferentes interesses públicos lesados e da pluralidade de órgãos e serviços da administração autárquica e da administração indirecta do Estado cujas atribuições e competências são suscitadas.

40. Assim, importa começar por recensear três domínios materiais da actividade administrativa e traçar o quadro normativo próprio de cada um (*infra*, §§ 2.º, 3.º e 4.º), para logo após procurar estabelecer a sua articulação que, como veremos, converge na Câmara Municipal de Sintra e no seu Presidente: o interesse público de natureza urbanística e construtiva que justifica a regra do licenciamento das obras de edificação, o interesse público no específico ordenamento territorial das áreas protegidas por motivos de ordem ambiental e, por fim, o interesse público no turismo.

41. Ao longo deste levantamento, procede-se ao cotejo entre as competências legalmente previstas para reprimir e reparar a legalidade infringida e o seu exercício efectivo ²⁵.

²⁵ Outros interesses públicos são suscitados. Por exemplo, a protecção do domínio hídrico e a alegada tolerância por parte da empresa concessionária do fornecimento de energia eléctrica.

§ 2.º Urbanismo

42. Em primeiro lugar, importa apreciar os factos no plano do Direito Urbanístico. Com efeito, foram executadas, no prédio inscrito sob o *art. 10.º, secção X2*, sito na Freguesia de Colares, Sintra, desde 1999, obras de edificação diversas sem jamais ter sido obtida licença ou autorização municipal.

43. Obras de reconstrução e de ampliação, de acordo com os reclamados particulares; obras de construção (criação de novas edificações), de acordo com o reclamante.

44. Trata-se, em ambas as hipóteses, de operações urbanísticas que dependem de prévia licença municipal (artigo 4.º n.º 2, alíneas *c*) e *d*), do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação ²⁶).

45. A actividade, em si, constitui infracção contra-ordenacional, prevista e punida nos termos do artigo 98.º, n.º 1, alínea *a*), do RJUE, com coima graduada entre € 498,80 e € 199 519,16, cumulada, ou não, por sanção acessória (artigo 99.º, n.º 1).

46. No plano da reintegração da legalidade, justifica-se que o Presidente da Câmara Municipal determine o embargo (artigo 102.º, n.º 1, alínea *a*)), o que importa para o infractor a proibição de prosseguir a obra, devendo esta medida de polícia urbanística ser transmitida à conservatória do registo predial (artigo 102.º, n.º 8) e às empresas concessionárias do fornecimento de energia eléctrica, gás e água às obras embargadas (artigo 103.º, n.º 3).

47. O embargo caduca, porém, no termo de seis meses se outro prazo não for estipulado (artigo 104.º, n.º 2), uma vez que nem o interesse público

Contudo, estes aspectos são consumidos ou revelam-se laterais na economia da análise. Assim, por exemplo, a intervenção no domínio hídrico por parte da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional de Lisboa e Vale do Tejo é também enxertada no licenciamento municipal das operações urbanísticas. Não se justificará saber se as operações urbanísticas reclamadas são, ou não, compatíveis com o regime jurídico do domínio hídrico (Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro) sem se apurar, antes disso, se não há impedimentos absolutos de outra ordem, nomeadamente, de ordenamento do território e conservação da natureza.

²⁶ Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, e da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

nem a protecção dos direitos do dono da obra aconselham o protelamento de uma decisão definitiva quanto à legalidade da situação.

48. Isto, porque, na verdade, a obra de edificação não licenciada pode ainda ser legalizada: por efeito do princípio da proporcionalidade, dispôs o legislador (artigo 106.º, n.º 2) que a demolição pode ser evitada ²⁷, contanto que se verifique um de dois pressupostos:

- a) se a obra for susceptível de ser licenciada; ou
- b) se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis, mediante trabalhos de correcção.

49. Por seu turno, o incumprimento da ordem de embargo é previsto e punido como crime de desobediência, nos termos do disposto no artigo 348.º do Código Penal (*ex vi* do artigo 100.º, n.º 1).

50. No caso concreto, as obras de edificação executadas – para poder ser obstada a demolição – têm de satisfazer de imediato ou poderem vir a satisfazer mediante trabalhos de adaptação – entre outras previsões legais e regulamentares:

- a) ao disposto no Plano Director Municipal de Sintra, ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 116/99, de 4 de Outubro;
- b) ao disposto nas regras gerais sobre construção, nomeadamente, o Regulamento Geral das Edificações Urbanas ²⁸ e as pertinentes disposições sobre segurança contra incêndios;
- c) ao disposto sobre especiais restrições de utilidade pública e serviços administrativos, relevando, neste caso, a Reserva Ecológica Nacional e o seu regime jurídico (Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março).

51. Relevam ainda as disposições que resultem da apreciação efectuada sob pedido de parecer, autorização ou aprovação, pelos órgãos exteriores ao município, determinados por critérios territoriais ou do uso a que se pre-

²⁷ À semelhança do que se observava no artigo 167.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

²⁸ Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951.

tende destinar a edificação, nomeadamente, ao disposto no Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 1-A/2004, de 8 de Janeiro, e, por se tratar de empreendimento de turismo em área de paisagem protegida e no espaço rural, respectivamente, o Decreto-Lei n.º 47/99, de 16 de Fevereiro ²⁹, e o Decreto-Lei n.º 54/2002, de 11 de Março.

52. Estas disposições legais e regulamentares concretizam interesses públicos diferentes dos do urbanismo ³⁰.

53. No que toca ao regulamento do Plano Director Municipal de Sintra, importa, a título principal, atender ao disposto no artigo 36.º (espaços culturais e naturais), pelo qual se condiciona a parecer favorável do Parque Natural, para o espaço em questão, «a abertura de novas vias de comunicação ou de acesso, bem como alterações às existentes» (art. 36.º, n.º 3.1., alínea h)). No mais, e em matéria edificatória, para esta área (*espaço cultural e natural de nível 1*) o PDM de Sintra devolve as condicionantes para o Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais (artigo 12.º).

54. Do que releva nas questões controvertidas suscitadas pela reclamação, é de concluir, pois, que a susceptibilidade da legalização das obras passa fundamentalmente pelo crivo dos interesses públicos ambiental e turístico.

55. Isto não significa, contudo, que em termos de repartição orgânica e de atribuições perca posição a Câmara Municipal de Sintra e o seu Presidente, pois, como veremos, o controlo administrativo exercido por estes órgãos possui um carácter federador, na expressão de FERNANDO ALVES CORREIA ³¹.

²⁹ Na redacção do Decreto-Lei n.º 56/2002, de 11 de Março.

³⁰ Sobre a distinção entre direito do urbanismo, direito do ambiente e direito do ordenamento do território, v. DIAGO FREITAS DO AMARAL, Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: objecto, autonomia e distinções in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 1, Coimbra, 1994, pp. 11 e segs.

³¹ As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português, Coimbra, 1993, pp. 127 e segs., onde pode ler-se “o sentido desta expressão é o de que a licença de construção pretende ser uma síntese de todas as autorizações e aprovações exigidas por lei. É esta característica que justifica a necessidade de a câmara municipal consultar sobre o projecto de arquitectura as entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis.”

56. Neste sentido, a autoridade municipal representa o eixo central na coordenação entre os diferentes poderes públicos, seja na instrução do procedimento administrativo, seja na adopção de medidas de polícia administrativa.

57. Os demais interesses públicos apresentam-se, pois, como que enxertados em subprocedimentos do procedimento administrativo municipal, tanto no caso do licenciamento (*a priori*) como da legalização das obras já executadas (*a posteriori*).

§ 3.º

Ordenamento territorial e conservação da natureza

a. Sucessão de planos de ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais

58. O terreno em questão encontra-se em área protegida, classificada como Parque Natural de Sintra-Cascais, o que, para efeito do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, tem por objectivo «*possibilitar a adopção de medidas que permitam a manutenção e valorização das características das paisagens naturais e seminaturais e a diversidade ecológica*» (art. 7.º, n.º 2).

59. A concretização deste objectivo passa por condicionar o licenciamento municipal das operações urbanísticas a parecer vinculativo da Comissão Directiva do Parque Natural, de acordo com o Decreto Regulamentar n.º 8/94, de 11 de Março (criação do Parque Natural de Sintra-Cascais).

60. Por conseguinte, não pode o Presidente da Câmara Municipal de Sintra licenciar nenhuma operação urbanística na área delimitada do Parque Natural sem dispor de parecer favorável da comissão directiva nem em contravenção aos seus condicionalismos, sob pena de nulidade (artigo 68.º, alínea c), do RJUE).

61. Tão-pouco a Comissão Directiva do Parque Natural pode autonomamente licenciar ou aprovar actividade alguma que se encontre sujeita a licenciamento municipal.

62. Por outras palavras, estabeleceu-se uma articulação interadministrativa entre o município e os parques naturais (compreendidos no Instituto da Conservação da Natureza, de par com as demais áreas protegidas) que faz

da autoridade municipal o órgão coordenador, sempre que ocorra sobreposição de atribuições e de competências dos seus órgãos.

63. Na sua maior extensão, as operações reclamadas foram executadas sob a vigência do anterior Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais, aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 9/94, de 11 de Março.

64. Este plano qualificava o local como área de protecção total, o que significava estar interdito o aumento da área de construção e de implantação.

65. Como tal, sobre as ruínas existentes no local, apenas se facultaria aos proprietários a reconstrução, preservando as características e as áreas de implantação e construção.

66. Todavia, o já citado plano de ordenamento, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 1-A/2004, de 8 de Janeiro, classificando o local como área de protecção parcial do tipo I, embora mantenha a interdição genérica de edificação e ampliação de construções [artigo 15.º, n.º 1, alínea *d*)] veio descomprimir esta limitação, ao abrir as portas à instalação de estabelecimentos hoteleiros [artigo 38.º, n.º 2, alínea *b*)].

67. Suscita-se, por conseguinte, uma questão de sucessão de planos de ordenamento no tempo: à susceptibilidade de legalização devem aplicar-se as disposições enunciadas no plano que vigorava no momento em que foram executadas as operações ou deverá atender-se ao plano de ordenamento supervenientemente aprovado?

68. Tratando-se da legalização de operações urbanísticas executadas no passado devem ser aplicadas exactamente as mesmas normas que se aplicariam no presente, em face de um requerimento para licenciar obras novas.

69. As obras não licenciadas não gozam de protecção alguma por parte da ordem jurídica, a menos que se mostre que, ao tempo da sua execução, não se encontravam sujeitas a controlo administrativo prévio.

70. Esta mesma indiferença da ordem jurídica vale também para a eventualidade de a lei posterior – neste caso, o plano posterior – poder revelar-se mais favorável ao infractor.

71. É que não se trata de qualificar a actividade deste, mas tão-só de confrontar o conjunto edificado com as normas de ordenamento do território que concretizam, hoje, os interesses públicos que justificam o Parque Natural de Sintra-Cascais.

72. Já ao invés, as edificações construídas ao abrigo do direito anterior não são afectadas por normas legais e regulamentares supervenientes, como se dispõe no artigo 60.º, n.º 1, do RJUE. Trata-se, aqui, de proteger a confiança depositada pelos cidadãos na ordem jurídica e de reconhecer direitos constituídos.

73. Esta norma permite consolidar, *a contrario sensu*, o entendimento, segundo o qual, às edificações construídas à margem do direito anterior serão de aplicar as normas legais e regulamentares supervenientes – tanto em favor dos interessados como em seu prejuízo.

b. Pressupostos e requisitos materiais da legalização

74. Assim, na apreciação da susceptibilidade da legalização das obras reclamadas tem lugar a aplicação do disposto no novo plano de ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais.

75. Todavia, a ampliação apenas é permitida no estrito cumprimento dos parâmetros construtivos definidos no artigo 38.º, n.º 5, que passamos a transcrever:

- a) *«apenas serão viáveis quando promovidos no âmbito da recuperação de imóveis classificados, em vias de classificação ou com interesse patrimonial reconhecido pela autarquia;*
- b) *as recuperações a que se refere a alínea anterior poderão envolver ampliações na refuncionalização para fins turísticos, que não poderão exceder em área bruta de construção 25% das preexistências, até ao limite de 1500 m² como área bruta de construção».*

76. Encontramos, assim, os pressupostos e requisitos que estão no centro da questão controvertida, a de saber se à luz do Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais é, ou não, possível legalizar as obras do denominado *Convento de S. Saturnino*. Neste sentido, cumpre aos reclamados particulares o ónus de provarem que:

- a) no terreno se encontravam edificações que, embora em ruína, possuísem um interesse patrimonial (histórico e arquitectónico) especialmente qualificado;

- b) as operações urbanísticas empreendidas compreenderam, como base essencial, a recuperação dessas mesmas edificações;
- c) no mais, ou seja, as ampliações destinaram-se a adaptar a função a fins turísticos, e
- d) não acrescentaram, em área bruta de construção, mais de 25% ao que existia preteritamente, até a um limite de 1500 m².

77. À partida, tudo leva a crer que os reclamados particulares não se encontram em condições de provar o preenchimento dos pressupostos e requisitos enunciados, salvo o da alínea c), de carácter funcional.

i. caracterização das preexistências

78. Podemos observar, na instrução do processo, alguns elementos com interesse para a caracterização das preexistências:

- a) carta militar dos arredores de Lisboa, do Corpo do Estado-Maior do Exército (1901), exibida pelo actual proprietário durante a visita ao local, em 12.08.2004;
- b) alegados vestígios das preexistências utilizados nos trabalhos de edificação, de acordo com o testemunho do proprietário: de muros originários, alguns adaptados para suporte das actuais edificações, de um forno e de elementos próprios de uma antiga azenha, nomeadamente, uma pedra e de duas mós;
- c) fotografias arquivadas no Departamento de Urbanismo da Câmara Municipal de Sintra, as quais terão sido apresentadas para instrução de pedidos de licenciamento de obras de restauro (registo n.º 13431/98 e registo n.º 1037/99).

79. No mais, releva a informação predial e cadastral obtida junto da Repartição de Finanças de Sintra: cultura com mato e horta sem descrição de construção alguma. Apenas o registo predial se reporta à existência de «*arribanas em ruínas e azenha*».

80. Sem prejuízo de melhor análise, do ponto de vista arquitectónico e arqueológico, o que parece incontroversa é a identificação entre os elementos assinalados na citada carta militar de 1901, os vestígios que o proprietário

afirma terem sido integrados na composição da obra e as construções arruinadas, fotografadas em 1998/1999.

81. Não é imponderado vaticinar que, no local, se encontrariam quatro edificações próprias de um conjunto de azenhas, alinhadas junto ao curso de água (rio Touro), onde, muito provavelmente, e explicando a presença originária do forno, se fabricaria pão.

ii. interesse para o património cultural

82. Este conjunto originário não se encontrava classificado nem em vias de classificação, ao abrigo da Lei n.º 13/85, de 6 de Julho, ao tempo em vigor.

83. De igual modo, não há notícia, para efeito do disposto na Lei n.º 2.032, de 11 de Junho de 1949, de ter a Câmara Municipal de Sintra promovido a sua classificação como valor concelhio (Base I).

84. Por último, o PDM de Sintra (artigo 9.º) omite, em absoluto, a referência ao conjunto das azenhas descritas.

85. Poderia suscitar-se a questão de saber se, para efeito de legalização, poderão as autoridades municipais vir a reconhecer retroactivamente ao imóvel valor patrimonial para a autarquia.

86. Um tal acto de reconhecimento teria objecto certamente impossível e, como tal, seria nulo, de acordo com o artigo 133.º, n.º 2, alínea c), do Código do Procedimento Administrativo.

87. Isto, porque o conjunto originário deixou, pura e simplesmente, de existir, enquanto tal. As operações executadas não permitem uma leitura do conjunto anterior, exceptuando o aproveitamento pontual de materiais e de outros elementos funcionais originários, como se observou (*supra*, 78. e segs.). O simples cotejo entre os elementos que indiciam as preexistências e o actual conjunto edificado não permite estabelecer qualquer relação de identidade.

88. E é o conjunto originário que teria de possuir reconhecido valor patrimonial. Não o conjunto que resultou das operações urbanísticas levadas a cabo posteriormente, no local.

89. Por outras palavras, também parece fora de causa poder o município de Sintra, antes de ser ponderada a aplicação do artigo 38.º, n.º 5, do plano de ordenamento, vir a reconhecer valor patrimonial ao conjunto agora

existente. Tratar-se-ia de converter a posição de um dos elementos da estatuição da norma num pressuposto contido na previsão, o que contrariaria as mais elementares regras da interpretação jurídica.

iii. conceito de recuperação

90. Como também se apontou (*supra*, 75. e seg.), a excepção facultada pelo artigo 38.º, n.º 5, do plano de ordenamento, inculca – como requisito de uma determinada ampliação – a recuperação do existente.

91. O regulamento do plano de ordenamento, embora pouco feliz na delimitação do conceito de recuperação (artigo 4.º, alínea zz) – «*as obras de reabilitação de edifícios, infra-estruturas, estruturas e elementos construídos de qualquer género, incluindo pré-fabricados e construções amovíveis, que ofereçam condições para a manutenção e a recuperação da maior parte dos seus elementos*»³² – não deixa, todavia, de exigir uma estreita relação de identidade entre o objecto recuperado e o resultado da recuperação.

92. A recuperação é, decerto, menos exigente do que a reconstrução, definida na alínea xx) do mesmo artigo: «*as obras de construção subsequentes à demolição total ou parcial de uma edificação existente, das quais resulte a manutenção ou a reconstituição da estrutura das fachadas, da cêrcea ou do número de pisos*».

93. Os conceitos de recuperação e de reabilitação indicam, em todo o caso, a preservação de características fundamentais. Veja-se, nomeadamente, a definição de reabilitação enunciada no art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de Maio³³: «*o processo de transformação do solo urbanizado, compreendendo a execução de obras de construção, reconstrução, alteração, ampliação, demolição e conservação de edifícios, tal como definidas no regime jurídico da urbanização e edificação, com o objectivo de melhorar as suas condições de uso, conservando o seu carácter fundamental*»³⁴.

³² Com efeito, remete o intérprete para o conceito de reabilitação, por um lado, e emprega o conceito a definir no próprio enunciado da definição.

³³ Regime jurídico excepcional de reabilitação urbana de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística.

³⁴ Sublinhado nosso.

94. Por recuperação urbana, de acordo com a Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, deve entender-se «*o conjunto de operações tendentes à reconstituição de um edifício ou conjunto degradado, ou alterado por obras anteriores sem qualidade, sem que, no entanto, esse conjunto de operações assuma as características de um restauro*». (Vocabulário de Ordenamento do Território ³⁵).

95. E, segundo a mesma fonte, são de recuperação «*as obras que visam adequar, melhorar ou eventualmente adaptar a novos usos as condições de desempenho funcional de um edifício, admitindo a reorganização do espaço interior, mantendo o esquema estrutural básico e o aspecto exterior original*».

96. Em suma, a recuperação do existente, embora não cingida ao simples restauro e podendo envolver algumas alterações ao existente, haveria de permitir a identificação, no essencial, entre o objecto da operação e o seu resultado final: um conjunto de azenhas.

97. Só neste pressuposto, e adstrita às mesmas finalidades, se admite uma ligeira ampliação da área bruta de construção.

iv. ampliação e área bruta de construção

98. Como se observou, o novo plano de ordenamento, embora menos intransigente do que o regulamento anterior, mostra-se algo contido na ampliação consentida à recuperação destinada a estabelecimentos hoteleiros nas áreas de protecção parcial de tipo I.

99. Com efeito, opõe uma dupla barreira quantitativa: não mais do que um acréscimo de 25%, em área bruta de construção das preexistências e nunca para além de 1500 m², no conjunto (artigo 38.º, n.º 5, alínea b)).

100. Importa estimar qual seria a área bruta de construção das preexistências.

101. Os elementos enunciados no registo predial apontam o seguinte: «*casa de r/c – habitação: 82 m²; anexos-arribanas em ruínas e aze-*

³⁵ Lisboa, 2000, p. 154.

nha: 235 m²; e horta e mato: 14419 m² – omissa na matriz desde 2000.01.24 e art. 10 X2 – V.V.: 2 000 000\$00 e V.P. 16.884\$00».

102. Podem estas áreas ser consideradas para apuramento quantitativo das preexistências? A resposta parece-nos negativa.

103. Em primeiro lugar, a presunção legal que deriva do registo predial limita-se ao direito inscrito (art. 7.º do Código do Registo Predial³⁶) não abrangendo os elementos de identificação do prédio, os quais são passíveis de rectificação ou actualização. A inscrição faz-se com base nas declarações que os intervenientes prestam nos títulos, os interessados perante as conservatórias sem garantias de autenticidade ou precisão (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.02.1995 (proc.º 086296); Acórdãos da Relação do Porto, de 16.01.1995 (proc.º 9341399) e de 19.01.1998 (proc.º 9750550)).

104. Neste sentido também se pronunciou a jurisprudência administrativa, afirmando que a presunção derivada do registo não garante a coincidência entre a realidade registral e a realidade substantiva nem aquela prevalece sobre esta (v. Acórdão Supremo Tribunal Administrativo, de 23.02.1984, proc.º 018911)).

105. Por outro lado, as áreas inscritas no registo predial resultam de uma apresentação de 1.02.2000 (ap. 16/20000201-av.01, fls. 161), o que indicia contemplarem o resultado dos trabalhos de ampliação executados no prédio sem licença municipal.

106. Isto, aliás, torna-se manifesto quando estas áreas são confrontadas com os registos fotográficos que os próprios reclamados particulares apresentaram à câmara municipal em 1998/1999 e que já referimos (*supra*, 78.).

107. Precisamente, poucos dias antes da apresentação ao registo predial (*supra*, 101.e segs.) fora descrita, em 27.01.2000, no auto de notícia por contra-ordenações, a observação da «*construção de uma habitação com a área aproximada de 125 m², na localidade de Azóia, junto ao rio Touro (...) parte sobre as paredes em ruína existentes...*»³⁷.

³⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, na sua actual redacção.

³⁷ Auto de notícia registado sob a entrada n.º 104, Liv.º XIV, 31.01.2000, Câmara Municipal de Sintra.

108. Mais tarde, no auto de notícia lavrado após fiscalização de 15.10.2001³⁸, dá-se conta da evolução seguinte, suponho que a acrescer aos factos observados em 27.01.2000:

«construção de um edifício de dois pisos com cerca de 62 m², cada piso, o que totaliza uma área aproximada de 124 m², reconstrução de uma casa de dois pisos com cerca de 30 m² cada piso, o que totaliza uma área aproximada a 60 m², construção de uma torre com uma área de cerca de 4 m² e 14 m de altura, aproximadamente, uma construção com cerca de 14 m², alegadamente destinada a lavadouro, construção de uma escada exterior».

109. Não creio que a aferição quantitativa das preexistências possa fundar-se em elementos posteriores ao início das operações urbanísticas reclamadas.

110. Para além do recurso a possíveis ortofotocartas de que disponha o Parque Natural ou o Instituto Geográfico do Exército, importaria, sobre os elementos fotográficos de 1998/1999 procurar estabelecer uma estimativa das áreas de construção preexistentes.

111. De qualquer modo, parece notório que o volume edificado excede em muito mais a área bruta de construção tolerada como ampliação (25%) em face das citadas fotografias comprovativas do preexistente.

§ 4.º Turismo

a. O turismo em espaço rural, de acordo com o Decreto-Lei n.º 54/2002, de 11 de Março

112. Das obras reclamadas, como se pôde verificar, veio resultar a abertura ao público de uma unidade turística, denominada ‘*Convento de S. Saturnino*’, assinalada no local e nas imediações, noticiada e publicitada em vários órgãos de comunicação social e que dispõe de uma página informativa própria em suporte electrónico.

³⁸ Entrada n.º 1342, 17.10.2001, Livro n.i., Câmara Municipal de Sintra.

113. Os reclamados particulares pretendem que esta unidade venha a ser classificada como turismo em espaço rural, para o que já, em tempo, a edificação foi vistoriada por técnicos da Direcção-Geral do Turismo.

114. O turismo em espaço rural (TER) encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 54/2002, de 11 de Março, e à partida, a sua instalação não é interdita nas áreas protegidas.

115. Com efeito, um outro diploma legislativo, o Decreto-Lei n.º 47/99, de 16 de Fevereiro ³⁹, que disciplina a categoria do turismo de natureza, consagra expressamente os serviços de hospedagem prestados em casas e empreendimentos de turismo no espaço rural [artigo 2.º, n.º 1, alínea a)].

116. Todavia, limita-se a remeter para o regime jurídico próprio do turismo em espaço rural, motivo por que somos devolvidos para a aplicação do Decreto-Lei n.º 54/2002, de 11 de Março, o qual, cumpre, por isso, analisar com algum detalhe.

117. O turismo em espaço rural admite, como modalidades previstas no artigo 2.º, n.º 3, as seguintes:

- a. O turismo de habitação;
- b. O turismo rural;
- c. O agro-turismo;
- d. O turismo de aldeia;
- e. As casas de campo;
- f. Os hotéis rurais; e
- g. Os parques de campismo rurais.

118. Como se articula o licenciamento destas unidades com o licenciamento municipal das obras de edificação?

119. Trata-se, uma vez mais, de descortinar os mecanismos de coordenação administrativa e de verificar, de novo, a função central das câmaras municipais e dos seus presidentes.

120. Logo no preâmbulo, o legislador afirma:

«Pretende-se com este diploma que passe a existir um único processo de licenciamento, que de acordo com as normas de carácter

³⁹ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 56/2002, de 11 de Março.

urbanístico, correrá apenas pelas câmaras municipais, de acordo com o estabelecido no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico da urbanização e edificação».

121. Por seu turno, confere-se às direcções regionais do Ministério da Economia a competência para emitirem parecer no âmbito do pedido de licenciamento das obras de edificação, sobre os projectos de arquitectura da generalidade dos empreendimentos de turismo no espaço rural artigo 11.º, alínea b), em termos que são desenvolvidos no artigo 22.º.

122. Para que o empreendimento possa abrir ao público e prestar serviços de hospedagem, impõe-se que disponha de licença de utilização, seja em edifícios novos, seja em edificações reconstruídas, ampliadas ou alteradas (artigo 29.º, n.º 1), licença essa que é da competência do presidente da câmara municipal deferir (artigo 12.º, n.º 2), depois de vistoriadas as instalações e conferida observância dos requisitos próprios de segurança, higiene, qualidade e conforto.

123. A unidade reclamada, embora aberta ao público, não dispõe de licença de utilização, até pela simples razão de as obras se encontrarem embargadas por determinações municipais sucessivas.

124. A fiscalização deste facto compete à Câmara Municipal de Sintra, de acordo com o que vem expressamente disposto na parte final do artigo 58.º, n.º 2, do diploma em análise:

«Compete às câmaras municipais (...) fiscalizar a utilização, directa ou indirecta, de edifício ou de parte de edifício para a exploração de serviços de alojamento sem licença ou autorização de utilização para turismo no espaço rural».

125. E este facto é previsto como ilícito de mera ordenação social artigo 61.º, alínea a) e punível com coima no valor de € 500,00 a € 2 500,00, no caso de se tratar de pessoa singular.

126. Com esta coima, à primeira vista, poderia ser acessoriamente aplicada a sanção de encerramento (artigo 62.º, n.º 3).

127. Mas, só à primeira vista. O encerramento de um estabelecimentos como sanção acessória apenas se prevê para o caso de estabelecimentos licenciados ou que, pelo menos, tenham alguma vez sido licenciados e cuja licença haja caducado.

128. De outro modo, não se compreenderia o porquê de se determinar a apreensão do alvará pelo período da sanção (artigo 62.º, n.º 3, *in fine*), período esse que, de acordo com o regime geral do ilícito de mera ordenação social ⁴⁰, não pode ir além de dois anos (artigo 21.º, n.º 2).

129. A todos os títulos, revelar-se-ia absurdo que a Câmara Municipal de Sintra pudesse determinar o encerramento de um empreendimento de turismo rural licenciado, mas não o pudesse fazer em relação a um estabelecimento absolutamente clandestino, como parece ser o caso.

130. Mas, na verdade, pode fazê-lo – não como sanção, mas como medida de tutela da legalidade urbanística, a fim de reintegrar os interesses públicos lesados ou de, pelo menos, impedir o prosseguimento da lesão.

131. Aqui, importa recordar a sempre referida articulação com o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) e ter presente que, de modo expresso, no artigo 29.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 54/2002, de 11 de Março, prevê-se que a licença de utilização para turismo no espaço rural destina-se a comprovar, para além do disposto no artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, a observância das normas relativas às condições sanitárias.

132. Quer isto dizer que a falta de licença de utilização para turismo em espaço rural tem o mesmo efeito, precisamente, que o da falta de outra qualquer licença de utilização: a edificação não pode ser utilizada.

133. E se o é, deve então o presidente da câmara municipal ordenar e fixar prazo para a cessação da utilização (artigo 109.º, n.º 1, do RJUE), ao que pode seguir-se, na hipótese de incumprimento por parte dos infractores, o despejo administrativo da edificação (artigo 109.º, n.º 2).

b. O turismo em espaço rural, de acordo com o Decreto-Lei n.º 167/97, de 4 de Julho

134. Muito provavelmente, contudo, os reclamados particulares iniciaram o procedimento de legalização da unidade, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 54/2002, de 11 de Março, o que significa, por força do

⁴⁰ Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

direito transitório (artigo 73.º, n.º 1) manter-se a aplicação do Decreto-Lei n.º 169/97, de 4 de Julho ⁴¹.

135. Vale a pena, por conseguinte, verificar se a aplicação do anterior quadro legal do turismo em espaço rural altera substancialmente as considerações anteriormente expostas, nomeadamente, quanto à cessação da utilização do denominado ‘*Convento de S. Saturnino*’ pelo presidente da Câmara Municipal de Sintra.

136. No regime jurídico anterior, o licenciamento das instalações dedicadas ao turismo no espaço rural centrava-se na Direcção-Geral do Turismo (DGT). De acordo com o disposto no artigo 11.º, n.º 2, os serviços de hospedagem de turismo no espaço rural só podem ser explorados em casas, empreendimentos ou outras instalações autorizadas pela DGT e depende apenas desta autorização.

137. Isto, sem prejuízo de parecer obrigatório, mas não vinculativo, da Direcção-Geral do Desenvolvimento Rural (artigo 11.º, n.º 1), cumprindo-lhe fiscalizar estas unidades (artigo 25.º), aplicar sanções contra-ordenacionais (artigos 28.º e 29.º) e determinar a medida de polícia administrativa prevista no artigo 32.º: determinar a interdição temporária da utilização, no todo ou em parte, por razões de saúde ou segurança, precedendo intervenção das autoridades de saúde.

138. O que importa saber então é se, ao abrigo deste regime, fica precludida a competência do presidente da câmara municipal para ordenar a cessação de utilização das instalações edificadas sem licença.

⁴¹ Há outra razão a ponderar em favor da aplicação do Decreto-Lei n.º 167/97, de 4 de Julho, apesar de revogado globalmente pelo Decreto-Lei n.º 54/2002, de 11 de Março (artigo 77.º, alínea a)). É que o local encontra-se em área protegida, o que postula a aplicação cumulativa do regime jurídico do turismo de natureza, como já se observou (supra, 135. e seg.), por via do Decreto-Lei n.º 47/99, de 16 de Fevereiro. Ora, este diploma, quando foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 56/2002, de 11 de Março, deixou inalterada a redacção do artigo 14.º, n.º 1, ou seja, manteve de pé a remissão para o Decreto-Lei n.º 169/97, de 4 de Julho, em matéria de turismo em espaço rural, no seio de áreas protegidas. Não deixa de ser bizarro, porque este mesmo diploma fora revogado, precisamente, na mesma data. Ao observar esta contradição, há quem a considere um manifesto lapso (LUIS JORGE DO NASCIMENTO FERREIRA, *Leis do Turismo – Novos Diplomas Anotados e Comentados*, Lisboa, 2003, p. 237). Todavia, não é de excluir a intenção deliberada do legislador em manter vigente o Decreto-Lei n.º 167/97, de 4 de Julho, apenas e tão-só para as unidades de turismo em espaço rural/turismo de natureza, isto é, para o turismo em espaço rural sito no interior de áreas protegidas.

139. A resposta é negativa. Na verdade, a competência do Director-Geral do Turismo tem como pressuposto objectivo do seu exercício dispor a unidade de turismo no espaço rural de autorização sua (artigo 11.º).

140. Ora, por sua vez, esta autorização corresponde ao que o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação designa como licença de funcionamento, para efeitos do artigo 40.º.

141. Ali expressamente se prescreve, no n.º 3, que «*a licença de funcionamento de qualquer estabelecimento só pode ser concedida mediante a exibição do alvará de licença ou de autorização de utilização*».

142. Por assim ser, o Director-Geral do Turismo não pode autorizar a exploração de uma unidade de turismo no espaço rural numa edificação que, para qualquer efeito, requer licença municipal como condição da sua utilização e não a possua.

143. O Director-Geral do Turismo apenas pode validamente autorizar a prestação destes serviços de hospedagem sem a exibição do alvará municipal de licença de utilização, desde que a edificação não se encontrasse obrigada a licença de utilização (nomeadamente, por ser anterior à entrada em vigor do Regulamento Geral das Edificações Urbanas) e, cumulativamente, a exploração não tiver importado a execução de obras ou, apesar de executadas obras, estas se encontrem isentas ou dispensadas de licença ou autorização municipal (v.g. obras interiores simples ou obras de simples conservação).

144. Estes pressupostos não se encontram preenchidos no caso do denominado ‘*Convento de S. Saturnino*’. Como tal, mantêm-se inteiramente válidas as considerações enunciadas quanto ao poder do presidente da câmara municipal de ordenar a cessação da utilização (artigo 109.º, n.º 1, do RJUE).

(D)

Apreciação da intervenção dos poderes públicos

145. Perante o quadro das disposições legais aplicáveis e da repartição entre as atribuições municipais e do Estado, neste domínio, está-se em condições de apreciar a intervenção dos órgãos principalmente visados na reclamação, de acordo com os parâmetros próprios do controlo exercido pelo Provedor de Justiça. Por um lado, a estrita legalidade, por outro, a prossecução do interesse público no respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos,

compreendendo os chamados interesses difusos que a Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, apontou expressamente ao Provedor de Justiça como especial vocação do seu âmbito de intervenção [artigo 20.º, n.º 1, alínea e)].

146. Começarei por recensear as providências adoptadas por cada uma das autoridades administrativas, para depois formular um juízo sobre a suficiência e adequação das suas intervenções em face da competência de cada uma:

- a) a Comissão Directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais;
- b) a Junta de Freguesia de Colares;
- c) a Direcção-Geral do Turismo; e
- d) a Câmara Municipal de Sintra.

a. Comissão Directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais

147. Este órgão foi confrontado, em 1998, com um requerimento de informação apresentado pelo proprietário para a execução de obras de restauro, acompanhado por fotografias do existente. Em 30.06.1998, comunica à câmara o seu parecer, afirmando tratar-se de área prioritária para a conservação da natureza de protecção total: *«a proposta de recuperação deverá assentar somente sobre os edifícios devidamente legalizados e descritos em caderneta predial, não sendo admissível qualquer aumento da área de implantação/construção»*.

148. Dois anos depois, a comissão directiva emite novo parecer, desta vez, desfavorável a um novo pedido de licenciamento de obras, apresentado por ..., em 30.03.2000, com vista a um aumento de área de implantação/construção.

149. Julga-se que, em face do primeiro pedido de parecer, houvesse o Parque Natural, através dos seus serviços, procedido a um imediato levantamento do existente. Uma vez que, solicitado o seu parecer, relativamente a obras de restauro, adoptou uma posição favorável, embora condicionada, mostrava-se avisado – de modo a que não restassem dúvidas para o futuro – recensear exaustivamente as primitivas edificações.

150. De todo o modo, não se exclui que o Parque Natural tenha em seu poder levantamentos por fotografia aérea ou outros meios que lhe permitam descrever o que existia no prédio rústico antes de 1998.

151. Ulteriormente, a Comissão Directiva do Parque Natural instaurou dois procedimentos contra-ordenacionais ao arguido Sr. ... (proc.º 15/2002/PNSC e proc.º 28/2002/PNSC), do que foi dado conhecimento às autoridades municipais.

152. O primeiro, por construção de edifícios, alargamento e betonação de uma estrada. O segundo, por construção de pilares de apoio, para implantação de um portão na via de acesso à propriedade.

153. E de ambos veio a resultar a condenação do arguido no pagamento de coimas, segundo informações prestadas pelo actual presidente da comissão directiva na citada visita ao local realizada em 12.08.2004.

154. Noto, pois, que o Parque Natural, embora aplicando o pertinente direito sancionatório, não cuidou até à presente data da reintegração da legalidade infringida e dos interesses públicos lesados, embora podendo, nomeadamente, ordenar a reposição da situação anterior à infracção (artigos 18.º, n.º 3, alínea e), e 25.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro), e bem sabendo que com o segundo parecer, porque desfavorável, não poderiam as operações urbanísticas vir a ser licenciadas pela Câmara Municipal de Sintra.

155. Explicou o Sr. Presidente da Comissão Directiva, no decurso daquele acto inspectivo, que a gestão do Parque Natural se concentrou, nos anos de 2002 e seguintes, quase exclusivamente, nas questões da revisão do plano de ordenamento e no conhecido problema da Praia do Abano, em Cascais. Considera, no entanto, prioritário resolver a questão do denominado “*Convento de S. Saturnino*”.

b. Junta de Freguesia de Colares

156. Na visita ao local, de 12.08.2004, o Sr. Presidente da Junta de Freguesia de Colares admitiu ter a sua autarquia, em 1999, empreendido a abertura do caminho que permite o acesso ao denominado *Convento*, mas apenas até a um miradouro que o precede. Afirma ter sido despendida a quantia de Esc. 300.000\$00, para o efeito.

157. Trata-se de um caminho coberto por *tout-venant* que se verificou não ser utilizado apenas por hóspedes da unidade reclamada. No dia da

visita encontravam-se turistas estrangeiros em circulação pelo referido caminho sem destino ao denominado *Convento*.

158. A obra, naturalmente, deveria ter obtido autorização do Parque Natural, constituindo facto ilícito (artigo 11.º, n.º 1, do plano de ordenamento aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 9/94, de 11 de Março) e punível com coima, mas nem está absolutamente interdita a sua legalização – até porque o novo plano de ordenamento reduziu a intensidade da protecção na área – nem tão-pouco se mostra difícil proceder à reconstituição da situação originária.

159. Considera-se que a Junta de Freguesia de Colares deveria ter usado de maior cuidado no fomento a esta obra, bem sabendo das estritas condições de conservação da paisagem e da natureza na área do Parque Natural.

c. Direcção-Geral de Turismo

160. A intervenção deste órgão é lateral e condicionada aos pressupostos normativos do anterior regime jurídico do turismo em espaço rural, como se observou (*supra*, 134. e segs.).

161. Há, contudo, indícios de a DGT ter procedido, senão indevidamente, pelo menos, de forma algo precipitada.

162. Assim, procedeu-se à consulta, em 12.08.2004, do auto de uma vistoria, de 27.05.2003, com a presença de dois elementos da DGT e de dois elementos da Direcção-Geral de Saúde, onde se concluiu pela autorização provisória de funcionamento, por se ter considerado que o empreendimento se revelava de interesse do ponto de vista arquitectónico, exibindo objectos antigos, encontrados nas proximidades, apresentando boas condições de conforto, espaços interiores com qualidade e correcto enquadramento na paisagem. Assinalava-se a necessidade de obtenção de licenciamento da piscina, junto da câmara municipal e da realização de controlo periódico à qualidade da água.

163. Já posteriormente, a DGT se terá pronunciado desfavoravelmente, segundo o informado pelos reclamados particulares.

164. A DGT jamais emitiu autorização definitiva para a exploração da unidade, mas o certo é que, de algum modo, contribuiu para alguma base de crédito na suposta legalidade do denominado *Convento de S. Saturnino*.

165. Nunca deveria ter deferido licença provisória sem que fosse exibido alvará municipal da licença de utilização (artigo 40.º, n.º 3, do RJUE ⁴²), mesmo perante a possível apresentação pelos proprietários do deferimento, no passado, de uma licença para restauro.

166. A licença de utilização nunca se identificou com a licença de construção. Ao ignorá-lo, a DGT terá infringido o disposto no artigo 40.º, n.º 3, do RJUE.

d. Câmara Municipal de Sintra

167. A intervenção municipal remonta a 1998, quando, pela primeira vez requerida pelo proprietário, a CM de Sintra veio deferir um pedido de viabilidade para simples obras de restauro.

168. Esta informação favorável fora precedida de um parecer favorável do Parque Natural, em cujo teor se chamava a atenção para a necessidade de conferir o existente, pelo menos, a partir da caderneta predial.

169. Tanto quanto foi possível observar, nem esta deliberação nem o ulterior licenciamento do restauro, deferido em 12.10.1999, foram antecedidos por um inventário rigoroso das construções existentes no prédio.

170. A Câmara Municipal louvou-se apenas em fotografias apresentadas pelo requerente, nada tendo conferido, no local, nomeadamente, por meio a elaborar uma planta com a implantação exacta das ruínas e que lhe permitiria definir exactamente a sua localização, extensão e volumetria.

171. Mais tarde, a Câmara Municipal haveria de ser confrontada com operações urbanísticas muito para além da reconstrução do existente e, assim, embargou-as, em 2.02.2000, descrevendo o estado da obra e instaurando o processo contra-ordenacional n.º 104/2000, de onde veio a resultar a aplicação de uma coima, no valor de Esc. 300.000\$00, que, por não ter sido paga voluntariamente, foi remetida, em 19.03.2002, ao tribunal para execução.

⁴² Já no anterior regime (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro) se dispunha de modo idêntico (artigo 50.º, n.º 1).

172. Pouco tempo depois do embargo, em 31.03.2000, foi verificado o seu incumprimento, prosseguindo os trabalhos no local. E, por esse motivo, seria instaurado novo processo contra-ordenacional (n.º 492/493/00) e participada a desobediência ao Ministério Público, para efeito de acção penal.

173. Todavia, ninguém procedeu à selagem dos equipamentos nem dos estaleiros por supostamente não se observar, nessa mesma data, a presença de equipamentos.

174. Através de informação de 7.07.2000, o Sr. *Engenheiro ...*, da Divisão de Fiscalização Técnica do Departamento de Urbanismo, alertava para o facto de as obras em curso «*transcenderem escandalosamente qualquer tipo de restauração*», fazendo juntar fotografias do que, entretanto, fora edificado por contraponto com as preexistências. Mais chamava a atenção para a abertura de um caminho de acesso com, aproximadamente, quatro metros de largura.

175. E rematava o autor da citada informação:

«Acrece salientar que, apesar do embargo efectuado e das participações de desobediência ao mesmo, efectuadas por esta Divisão, o Sr. ... nunca interrompeu a construção, encontrando-se nesta data a utilizar a habitação em causa».

176. Novo processo contra-ordenacional seria instaurado (proc.º 973/00), agora, por utilização do edificado sem licença municipal que o permitisse. Seria aplicada ao arguido uma coima no valor de Esc. 300.000\$00, a qual veio a ser paga integralmente.

177. Não obstante, as obras prosseguiriam, já que, em 15.10.2001, é verificada a continuação dos trabalhos, observando-se novas edificações no já extenso conjunto.

178. Teve lugar, então, pela primeira vez, uma avaliação quantitativa mais exacta dos trabalhos, nomeadamente, da área de construção, mas ainda assim, continuou por fazer o levantamento topográfico das implantações.

179. Veio a ser instaurado novo processo contra-ordenacional (proc.º 1342/01) e determinado novo embargo dos trabalhos (18.10.2001), sob o mandado n.º 1530 (proc.º 4277/2001).

180. O arguido Sr. ... viria a deduzir oposição, por escrito, apenas em 5.03.2003.

181. Por despacho de V. Ex.^a, de 16.04.2004, o Sr. ... foi intimado a apresentar pedido de legalização, no prazo de 30 dias, sob pena de vir a ser ordenada a demolição da obra.

182. Contudo, o ofício de 10.05.2004, pelo qual se notificava o teor deste despacho veio a ser devolvido pelos CTT.

183. Entretanto, promoveu-se a notificação do embargo de 18.10.2001 à Conservatória do Registo Predial (em 26.03.2004), aos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Sintra, à EDP, SA, e à Gás de Portugal, SA (em 5.04.2004).

184. Na sequência da notificação dos demais arguidos para esclarecimentos, em 13.06.2004, estes viriam transmitir a morte do Sr. ... e viriam invocar a prescrição do procedimento contra-ordenacional, no mais, por nunca dele terem sido notificados.

185. Soube-se depois, em 13.07.2004, que veio a ser requerida a legalização do edificado, pelos proprietários.

186. Este processo, em 12.08.2004, aguardava decisão na Câmara Municipal de Sintra.

187. Não pode deixar de concluir-se que a intervenção municipal se mostrou pouco diligente, não lançando mão com brevidade dos meios que a lei lhe faculta para a defesa da legalidade urbanística e dos interesses públicos protegidos.

188. Em primeiro lugar, embora a exacta definição das preexistências se mostrasse fundamental para a questão, o certo é que o seu levantamento não foi realizado de modo sistemático pela câmara municipal, no momento oportuno, ou seja, quando do pedido de informação prévia para executar obras de restauro.

189. Em segundo lugar, os dois embargos mostraram-se incapazes para conter o avanço das obras, já que tudo parecia aconselhar a fiscalização assídua do local, principalmente, depois de observado o incumprimento do primeiro embargo, tanto mais que não houvera selagem de equipamentos nem de estaleiros.

190. De resto, não se compreende por que motivo a câmara municipal não ordenou, logo, em finais de 2001, a demolição das obras executadas, dada a evidente insusceptibilidade da sua legalização, pois, ao tempo, tratava-se de área prioritária para a conservação da natureza de protecção total.

191. Se o tivesse feito, poderia a câmara municipal ter tomado posse administrativa do imóvel, obstando à continuação dos trabalhos, no local.

192. Em terceiro lugar, fica por esclarecer a aparente inércia da câmara municipal durante todo o ano de 2002, em que se limitou a participar a situação ao Parque Natural.

193. Dispondo a câmara municipal de competências próprias para embargar e demolir, no todo ou em parte, as obras do denominado *Convento de S. Saturnino*, a intervenção concomitante do Parque Natural, embora pudesse ser útil, não era necessária, muito menos, indispensável.

194. Em quarto lugar, a câmara municipal tem conhecimento de se encontrar instalada no denominado *Convento de S. Saturnino* uma unidade turística clandestina, aberta ao público e amplamente publicitada, até por anúncios afixados à margem de estradas municipais.

195. Não obstante, abstém-se de determinar imediatamente a cessação da utilização, quando este acto se mostraria congruente com o processo contra-ordenacional instaurado por falta de licença de utilização (proc.º 973/00).

196. Nestes termos, pode o presidente da câmara municipal ordenar e fixar prazo para a cessação da utilização, por ter verificado a sua ocupação sem a necessária licença (artigo 109.º, n.º 1, do RJUE).

197. Em quinto lugar, os sucessivos despachos transmitidos aos proprietários para requerer, querendo, a legalização da obra, deveriam ter sido precedidos pela ponderação acerca da susceptibilidade de legalização.

198. Ora, como se concluiu (*supra*, 190 e segs.) só a reposição do local no seu estado originário permite a reintegração da legalidade infringida.

199. Por conseguinte, esta dilação mostra-se redundante. O que, na verdade, deveria ser transmitido aos proprietários seria apenas o projecto da ordem de demolição para se pronunciarem em audiência prévia (artigo 106.º, n.º 3, do RJUE).

200. Neste sentido, o pedido de legalização apresentado pelos proprietários, em 13.07.2004, deveria ser objecto de indeferimento liminar por parte de V. Ex.^a, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 11.º, n.º 3, do RJUE:

«No prazo de 15 dias a contar da apresentação do requerimento inicial, o presidente da câmara municipal pode igualmente

proferir despacho de rejeição liminar quando da análise dos elementos instrutórios resultar que o pedido é manifestamente contrário às normas legais e regulamentares aplicáveis».

201. E não se diga que estas providências impõem um sacrifício excessivo ao património dos reclamados particulares.

202. Antes de mais, porque a órbita do princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade é a da discricionariedade, ao passo que as ordens de reposição e de cessação da utilização resultam do exercício de poderes vinculados (cfr., *inter alia*, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 2.^a Secção, de 17.05.1994, proc.º 33641, o Ac. STA, 1.^a Secção, de 20.02.1997, proc.º 36676, e o Ac. STA, 1.^a Secção, de 23.04.1997, proc.º 39130).

203. Depois, porque o princípio da proporcionalidade requer a observação de direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares e cuja lesão, embora norteadada pelo interesse público, se entende excessiva (por inadequação, desnecessidade ou desequilíbrio manifesto).

204. Ora, no caso vertente, os reclamados particulares não lograram ver constituída na sua esfera jurídica direito ou interesse legalmente protegido que alcance a referida protecção.

III Conclusão

Tudo visto, devo concluir o seguinte:

I) No local da obra reclamada encontravam-se, embora arruinadas, quatro antigas azenhas, junto da linha de água identificada como rio Touro;

II) As obras executadas – com substancial alteração e ampliação do existente – não permitem estabelecer identidade alguma com a situação originária;

III) Tais obras revelam-se insusceptíveis de legalização por não preencherem nem poderem vir a preencher os pressupostos e requisitos enunciados no plano de ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais (2004);

IV) Apenas a reposição no estado originário permite a reintegração dos interesses públicos lesados (urbanismo e conservação da natureza);



V) As autoridades municipais encontram-se vinculadas a ordenar a demolição e a reposição do local no seu estado originário, podendo fazê-lo, ou não, de par com a Comissão Directiva do Parque Natural;

VI) E, por se tratar de exercício de um poder vinculado, não há lugar à ponderação que o princípio da proporcionalidade reclamaria sobre a margem de discricionariedade;

VII) A unidade turística encontra-se indevidamente instalada, não podendo manter-se aberta ao público;

VIII) Pois não está nem se encontra em condições de vir estar licenciada a sua utilização.

São estas motivações, Senhor Presidente da Câmara Municipal de Sintra, por que ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1 al. a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril:

Recomendo

A V. Ex.ª:

1) que determine a cessação da utilização e a reposição do local no seu estado originário, ouvidos os reclamados particulares em audiência prévia; e

2) que determine a instauração de um processo de averiguações por se indiciarem factos susceptíveis de relevância disciplinar.

Aguarda resposta

Nesta mesma data, formulo comunicações aos Presidente da Comissão Directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais, Presidente da Junta de Freguesia de Colares e Directora-Geral do Turismo. Tomo ainda a liberdade de remeter cópia da presente recomendação a Sua Exce-lência o Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território.

2.1.3. Processos anotados

R-1878/00

Assessor: Isabel Canto

Assunto: Ambiente – Resíduos.

Objecto: Indústria agro-alimentar – encefalopatia espongiforme bovina – saúde pública – solos – água.

Decisão: I – Questionam-se os trâmites processuais seguidos para o licenciamento de actividade industrial de unidade de tratamento de sub-produtos alimentares, que manipula, em regime exclusivo, material de risco específico (MRE) susceptível de transmitir encefalopatia espongiforme bovina (EEB/BSE).

II – Questiona-se a tomada das medidas tidas por adequadas à salvaguarda da saúde, higiene e salubridade dos residentes na área de influência, por invocada contaminação do ar, dos recursos hídricos e dos terrenos.

Determinado o arquivamento do processo, porquanto:

III – Se concluiu pela correcta qualificação da matéria laborada – subproduto animal – e do tipo de indústria em causa – da alimentação – não se observando, por consequência, motivos que justificassem a reprovação dos trâmites a que obedeceu o processo de licenciamento daquela unidade, em especial, no que concerne à coordenação pela Direcção Regional da Agricultura do Ribatejo e Oeste e ao prazo concedido para discussão pública.

IV – Os relatórios que vêm sendo elaborados quer pelas entidades responsáveis pela monitorização das emissões para a atmosfera e das águas residuais tratadas, quer os dos peritos encarregues de avaliar do cumprimento dos requisitos de natureza estrutural, higio-sanitária e funcional daquela indústria, apontam no sentido do cumprimento das condicionantes impostas à laboração.



Síntese:

1. Manifestaram as Juntas de Freguesia de Erra e S. José da Lama-rosa, junto do Provedor de Justiça, receio de que dos moldes em que é proces-sada, pela indústria em análise, a manipulação de materiais de risco específico susceptíveis de transmitir encefalopatia espongiforme bovina (EEB/BSE) – *v. g.* sangue, vísceras, bandulhos e intestinos – possa resultar, à semelhança, do que aconteceu no passado, a contaminação do ar, dos recursos hídricos e dos terrenos que se situam na sua área de influência.

2. Insurgiam-se, em particular, contra o reinício da laboração, na sequência do licenciamento industrial da unidade empresarial, coordenado pela Direcção Regional da Agricultura do Ribatejo e Oeste, por entenderem que o processo apresentava vícios susceptíveis de comprometer a desejada sal-vguarda das condições ambientais e de saúde pública.

3. Afirmavam, que o processo de licenciamento industrial em causa, ao invés de ter sido coordenado pela Direcção Regional da Agricultura do Ribatejo e Oeste, o deveria ter sido pela Direcção Regional de Lisboa e Vale do Tejo do Ministério da Economia.

4. Isto porque, entendiam que laborando o estabelecimento em apreço, em regime exclusivo, material de risco específico susceptível de trans-mitir EEB/BSE, excluído, portanto, da cadeia alimentar (humana ou animal), deveria incluir-se, não na categoria das “Indústrias alimentares e das bebi-das”, mas na da “Reciclagem”.

5. No âmbito da instrução do processo procedeu-se à audição da Ins-pecção-Geral do Ambiente, da Direcção Regional da Agricultura do Ribatejo e Oeste e do Instituto de Resíduos.

6. Procedeu-se à consulta dos diplomas tidos por relevantes para a apreciação da matéria, dos quais se destacam:

i. o Decreto-Lei n.º 175/92, de 13 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 90/667/CEE, do Conselho, de 27 de Novembro, que, entre outras, estabelece as normas higio-sanitárias para a eli-minação e transformação de subprodutos de animais, para a colocação no mercado e para a prevenção da presença de agentes patogénicos nos alimen-tos para animais provenientes de peixe ou de produtos de origem animal;

ii. a Portaria n.º 965/92, de 10 de Outubro ⁴³, que estabelece as normas técnicas de execução deste mesmo Decreto-Lei n.º 175/92, de 13 de Agosto;

iii. a Tabela de Classificação das Actividades Económicas, aprovada pela Portaria n.º 744-B/93, de 18 de Agosto;

iv. a Tabela de Classificação das Actividades Económicas (CAE/Rev2), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 182/93, de 14 de Maio;

v. a Portaria n.º 818/97, de 5 de Setembro ⁴⁴, que aprovou a lista de resíduos, designada Catálogo Europeu de Resíduos;

vi. o Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de Setembro, que estabeleceu as regras a que fica sujeita a gestão de resíduos;

vii. a Portaria n.º 792/98, de 22 de Setembro, que aprovou o modelo de registo dos resíduos industriais produzidos, de declaração anual obrigatória, e que acolhe, em anexo, o Catálogo Europeu de Resíduos, antes aprovado pela Portaria n.º 818/97, de 5 de Setembro;

viii. a Resolução do Conselho de Ministros n.º 161/2001, de 15 de Novembro de 2001, que aprovou o plano de estratégia de Gestão de Resíduos de Origem Animal resultantes da protecção contra as Encefalopatias Espongiformes Transmissíveis (EET);

ix. o Regulamento (CE) n.º 1774/2002, do Parlamento e do Conselho, de 3 de Outubro de 2002 ⁴⁵, que estabelece as regras sanitárias relativas aos subprodutos animais não destinados ao consumo humano;

x. o Decreto-Lei n.º 236/97, de 3 de Setembro, que define as atribuições, competências e estrutura orgânica do Instituto de Resíduos;

xi. o Decreto Regulamentar n.º 25/93, de 17 de Agosto, que aprovou o Regulamento do Exercício da Actividade Industrial;

xii. o Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, que estabelece o regime jurídico da avaliação do impacte ambiental.

7. Concluiu-se, ter sido correctamente caracterizada a matéria manipulada pela indústria em causa (subprodutos animais) e classificada a indústria que procede à sua laboração (indústria da alimentação).

⁴³ Alterada pela Portaria n.º 25/94, de 8 de Janeiro.

⁴⁴ Cfr. Declaração de Rectificação n.º 19-L/98, de 31 de Outubro.

⁴⁵ Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, em 10.10.2002.

8. Por consequência, observou-se inexistirem razões que aconselhassem reprovar os trâmites a que obedeceu o processo de licenciamento daquela unidade industrial, em especial, no que concerne à coordenação pela Direcção Regional da Agricultura do Ribatejo e Oeste e ao prazo concedido para discussão pública.

9. As acções de monitorização que vêm sendo realizadas com a periodicidade e o modo estipulados na Declaração de Impacte Ambiental, indiciam o cumprimento das condições impostas à laboração, por forma a preservar a defesa dos interesses públicos ambientais e de higiene, saúde e salubridade das populações.

R-6400/01*

Assessor: José Luís Cunha

* (desenvolvimento da anotação contida no Relatório de 2003)

Assunto: Urbanismo. Obras particulares.

Objecto: Propriedade horizontal. Áreas urbanas de génese ilegal. Loteamento. Licença de utilização.

Decisão: Foi pedida a reabertura da instrução do processo contestando-se a omissão da Câmara Municipal de Palmela de emissão de licença de utilização da fracção pertencente ao queixoso.

O processo foi rearquivado, ao abrigo do disposto no art. 31.º, alínea *b*), do Estatuto do Provedor de Justiça, por se ter concluído pela improcedência da pretensão do reclamante.

Síntese:

O presente processo fora objecto de anotação no Relatório Anual de 2003 (v. pp. 185-188), tendo, de resto, sido reproduzido o reparo então dirigido à Presidente da Câmara Municipal de Palmela (v. pp. 290-293).

O processo viria a ser reaberto, a pedido do reclamante, por pretender obter a licença de utilização relativa à sua fracção, alegando, para o efeito, que

esta se encontraria em conformidade com o projecto aprovado pela câmara municipal.

Em discussão, estavam duas versões de projecto distintas:

- segundo alegava o reclamante, a sua casa teria sido aprovada com três compartimentos de habitação;
- a esta versão, era oposta uma outra (sustentada, designadamente, pelo condomínio do edifício), de acordo com a qual a casa apenas possuiria um compartimento de habitação, resultando os restantes afecta da usurpação de um túnel de acesso ao logradouro tardoz.

Não se revelando conclusivas as informações prestadas pela Câmara Municipal de Palmela, veio a ter lugar uma reunião entre a Provedoria de Justiça e a Câmara Municipal de Palmela, para esclarecimento presencial do assunto, ou seja, compreendendo deslocação conjunta ao local.

No termo destas diligências, verificou-se que as únicas versões do projecto conhecidas atestavam que a fracção do queixoso teria a composição por este descrita. Porém, o deficiente estado de organização do processo de licenciamento não permite apurar, com certeza absoluta, quais as versões de projecto aprovadas, em definitivo.

Todavia, realizada a deslocação ao local, apurou-se que o edifício fora originalmente construído com o referido túnel de acesso ao logradouro e apenas um quarto na fracção do queixoso. Este, porém, teria ampliado a fracção, construindo mais dois compartimentos na área do túnel. Acresce que, no momento da visita, as ampliações já haviam sido demolidas, por decisão judicial transitada em julgado. Com efeito, independentemente da questão urbanística, tratada pela Provedoria de Justiça, relevava a questão da usurpação de partes comuns na propriedade horizontal, assunto em relação ao qual só os demais condóminos poderiam reagir e junto dos tribunais comuns.

Justificando-se, ao fim e ao cabo, o indeferimento da licença de utilização, veio a ser determinado o rearquivamento deste processo de reclamação.



Assunto: Ordenamento do território – ambiente.

Objecto: Obras públicas – auto-estrada – impacte ambiental – recursos hídricos – ruído – emissões qualidade do ar.

Decisão: A instrução do processo desenvolveu-se por mediação entre os reclamantes e as várias entidades públicas visadas, tendo sido alcançado um acordo – em fase de execução – quanto a um dos aspectos essenciais (obras de hidráulica, criando uma bacia de retenção das águas, de modo a drenar o escoamento da plataforma de uma auto-estrada e da praça de portagem). A intervenção da Provedoria de Justiça prossegue. O caso relatado é ilustrativo da complexidade técnica e de coordenação interadministrativa, revelando a posição estratégica do Provedor de Justiça para promover convergências e fomentar o andamento continuado das negociações.

Síntese:

A intervenção do Provedor de Justiça surge requerida por vários moradores vizinhos da nova praça de portagem da A1, em Grijó, Vila Nova de Gaia, afirmando-se lesados pela obra e pelos efeitos futuros na qualidade das suas vidas e no regular aproveitamento dos seus imóveis.

Confirmar-se-ia que a evolução da obra prejudicou a regularização das estipulações da Declaração de Impacte Ambiental relativas à fase de execução dos trabalhos, importando determinar quais as que poderiam ainda ser realizadas, no sentido de dar cumprimento àquela declaração e corrigir os prejuízos apontados ao projecto reclamado.

No essencial, a acção da Provedoria de Justiça tem sido operada por mediação, tendo em vista dois propósitos essenciais: por um lado, conferir impulso às iniciativas de encontro entre os múltiplos órgãos e serviços públicos envolvidos; por outro, garantir a ponderação, nas soluções técnicas adoptadas, dos direitos e interesses legalmente protegidos dos reclamantes.



Assim, em 28.01.2003, foi promovida uma reunião com todas as entidades reclamadas (BRISA, S.A., enquanto concessionária da auto-estrada, Instituto das Estradas de Portugal, Instituto do Ambiente e ex-Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Norte), destinada a esclarecer as diversas questões suscitadas na instrução do processo e o âmbito de actuação de cada uma dessas entidades, bem como a estudar a perspectivas de resolução do problema.

No âmbito desta reunião, realizados os esclarecimentos prévios, foi apontado o objectivo do cumprimento da Declaração de Impacte Ambiental (correção dos impactes decorrentes do projecto reclamado), estabelecendo-se uma agenda com os procedimentos a adoptar para resolver o problema, as tarefas de cada entidade e os prazos.

A execução desta agenda foi acompanhada ao longo das fases nela previstas, tendo sido realizadas reuniões intercalares para o efeito, em 25.03.2003 e 09.04.2003, a fim de ser avaliado o cumprimento da agenda estabelecida.

Na sequência deste processo, viriam a ficar corrigidos, no essencial, todos os impactes, com excepção dos relativos à hidrologia (devido à sua complexidade técnica) e ao ruído (importava ainda levar a cabo estudos complementares para avaliação das medidas preconizadas).

No que respeita à hidrologia, estava em causa, essencialmente, a elaboração de um projecto de regularização da ribeira do Mocho, corrigindo os impactes da praça de portagem nas cheias verificadas nesta linha de água.

Dada a especial complexidade desta questão, foi desenvolvido um procedimento de concertação destinado a averiguar os requisitos da elaboração e execução do projecto de regularização da ribeira, a fim de assegurar o cumprimento da Declaração de Impacte Ambiental, o que envolveu, para além das entidades anteriormente referidas, a o Departamento de Controlo de Cheias do Instituto da Água, que avalizaria tecnicamente a solução a adoptar.

Este processo compreendeu sucessivas reuniões técnicas, realizadas em 26.06.2003, 24.07.2003, 08.08.2003, 24.09.2003 e 16.10.2004. No seu decurso, veio a ser constatada a necessidade de realização de infra-estruturas hidráulicas (bacia de retenção) e aceite que tal infra-estrutura servisse, igualmente, para controlo das inundações habitualmente verificadas na ribeira. Na reunião de 16.10.2003, foram, por fim, concretizadas as acções a adoptar, no sentido da aprovação do projecto.

Em 29.10.2003, foram realizadas, nas instalações da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte (CCDRN), reuniões com os proprietários dos terrenos abrangidos e com a Junta de Freguesia de Grijó, visando estabelecer uma plataforma para os acordos necessários à execução do projecto nesses terrenos.

Definido o projecto a executar, a BRISA viria, todavia, contestar o montante da sua comparticipação no seu financiamento, alegando ultrapassar o seu quinhão no acréscimo de caudal imputável à praça de portagem.

Procurando ultrapassar-se esta situação, em 05.05.2004, teve lugar uma nova reunião de negociação, em cujo âmbito viria a ser encontrada uma solução técnica adequada dentro da margem de custos admitida pela BRISA, contribuindo o INAG com a execução de trabalhos de limpeza da ribeira, para jusante.

A fim de assegurar a boa execução deste acordo, foi realizada uma reunião, em 02.06.2004, visando a apreciação final do projecto e das minutas dos acordos, bem como a definição da calendarização e das condições de execução da obra.

O projecto de regularização foi, então, aprovado pelo INAG e pelo IEP, tendo sido elaboradas minutas dos protocolos relativos à sua execução.

O processo viria ainda a conhecer novo impasse, motivado por alterações de pormenor solicitadas por um dos proprietários ao texto do seu protocolo, que, apesar da sua simplicidade (e da aceitação, pela BRISA), implicou novas negociações, bem como a elaboração e aprovação de nova minuta.

Procedeu-se, então, à assinatura dos acordos com os proprietários envolvidos e com a Junta de Freguesia de Grijó, que teve lugar em 15.09.2004, nas instalações da CCDRN, na sequência da qual viria a ser emitida a licença de utilização do domínio hídrico e, posteriormente, iniciada a obra de regularização do leito da ribeira.

Ficou estabelecido um sistema de contacto directo entre os proprietários e a BRISA, no sentido de esclarecer e resolver, em tempo útil, eventuais problemas relativos à execução da obra.

No final de 2004, viriam a suscitar-se algumas questões entre um dos proprietários e a BRISA relativos à execução do projecto, devido a uma situação não prevista.

Nesta fase, foram accionados os meios de contacto estabelecidos, tendo-se procedido à suspensão dos trabalhos na zona afectada e promovida a consulta urgente do INAG, a fim de apreciar a viabilidade das alterações do projecto necessárias para resolver o problema.

Apreciadas as alternativas de solução em presença, o INAG viria a considerar idónea uma proposta apresentada pelo proprietário afectado, tendo a BRISA aceite proceder à sua execução, nos termos de contactos actualmente em curso.

A orientação da instrução do presente processo encontra-se, actualmente, circunscrita ao tratamento dos restantes aspectos ambientais ainda por esclarecer, designadamente, no que respeita à avaliação das medidas de minimização do ruído adoptadas.

R-128/03

Assessor: Isabel Canto

Assunto: Urbanismo – obras particulares.

Objecto: Licença de construção – zona de protecção aos edifícios escolares – estética – inserção na paisagem urbana.

Decisão: É arguida a invalidade de certa licença de construção deferida pela Câmara Municipal de Mafra. Opõe-se o reclamante à inserção do edifício na paisagem e ao reduzido afastamento consentido em face do equipamento escolar implantado no prédio confinante. Com as limitações que decorrem para o Provedor de Justiça na fiscalização dos elementos discricionários e dos elementos valorativos de ordem estética, é possível concluir não ter havido erro manifesto de apreciação.

Veio a ser determinado o arquivamento do processo por falta de fundamentos da reclamação – art. 31.º, alínea *b*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

Síntese:

1. O art. 12.º, n.º 1, alínea *b*), do Regulamento do Plano Director Municipal de Mafra (RPDM de Mafra) ⁴⁶ – na esteira do estatuído no art. 2.º

⁴⁶ Ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 179/95, de 27 de Dezembro.

do Decreto-Lei n.º 37 575, de 8 de Outubro de 1949 ⁴⁷ –, impõe um afastamento mínimo de 12m, de qualquer construção, ao recinto no qual se insira um edifício escolar.

2. Para o cálculo dessa distância, e de acordo com o prescrito na alínea c), do mesmo art. 12.º, n.º 1, do RPDM de Mafra – e à semelhança do que vem sendo defendido pela Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbanístico ⁴⁸ –, importa que o prédio que se opõe ao edifício protegido, quando a norte deste, fique implantado fora da linha traçada a 45º a partir de qualquer ponto da estrema do terreno escolar.

3. No caso, consentira-se na implantação de edifício de habitação multifamiliar a menos de doze metros de escola básica do 1.º ciclo, por se ter constado que, em resultado das características do local, aquele não lhe causa ensombramento servindo, antes, de cortina de protecção aos ventos dominantes, além do que se previa a desactivação do estabelecimento no ano lectivo de 2004/2005.

4. Concluiu-se, por tais motivos, não se observarem razões de ordem pública que justificassem, neste particular, censurar a decisão municipal de deferimento do pedido de licenciamento da construção reclamada, dado que a mesma não causava prejuízo para a salubridade do equipamento que se pretendia proteger, durante o curto período em que este ainda se manteria em funcionamento.

5. No que concerne à apontada necessidade da salvaguarda *das características morfológicas e tipológicas da zona urbana em que se insere* – condição imposta pela norma do art. 28.º, n.º 2, alínea a), do RPDM de Mafra –, observou-se, em visita realizada ao local, que o edifício reclamado se enquadrava nos modelos arquitectónicos tipológicos e morfológicos do lugar – volumetria, cêrcea, revestimentos, elementos da composição, etc..

⁴⁷ Que estabelece a distância mínima de afastamento, dos terrenos destinados à construção de edifícios escolares, em relação, entre outros, aos estabelecimentos qualificados como insalubres, incómodos, tóxicos ou perigosos.

⁴⁸ Cfr. Servidões e Restrições de Utilidade Pública, DGOTDU, Pág. 190.

Assunto: Domínio público – uso privativo.

Objecto: Aeroportos – estacionamento automóvel – tarifas – trabalhadores aeroportuários – trabalhadores do aeroporto – discriminação.

Decisão: A queixa tem por motivo o aumento que se alegava ser significativo, das tarifas de estacionamento de viaturas nos parques afectos ao aeroporto de Faro, onerando substancialmente os trabalhadores aeroportuários, já que não dispunham de locais alternativos para estacionarem as suas viaturas ou, sequer, de transportes alternativos que assegurassem, de modo regular, os horários de serviço. Merecia, ainda oposição, o tratamento, alegadamente discriminatório, concedido aos diversos trabalhadores aeroportuários quanto ao montante das tarifas de estacionamento, beneficiando os trabalhadores da *ANA – Aeroportos de Portugal* de uma tarifa distinta da aplicada aos demais trabalhadores das empresas que laboram no aeroporto.

O processo veio a ser arquivado depois de alterada a posição assumida pela empresa concessionária do serviço público aeroportuário, em sintonia com a ponderação de interesses que sugerimos, estendendo o tarifário aplicável aos seus trabalhadores aos demais trabalhadores aeroportuários, adoptando, em conformidade, um critério uniformizado na aplicação das tarifas de estacionamento.

Síntese:

Os queixosos, trabalhadores no Aeroporto de Faro, opunham-se contra o alegado tratamento discriminatório concedido aos diversos trabalhadores aeroportuários no que se refere à aplicação de tarifas de estacionamento, cujo montante era diferenciado consoante se destinassem aos trabalhadores da *ANA – Aeroportos de Portugal, S. A.*, aos demais trabalhadores aeroportuários (trabalhadores das empresas que exercem a sua actividade no Aeroporto de Faro) e aos utentes.

A fim de se avaliar a procedência da queixa, questionou-se a referida empresa concessionária sobre a bondade do critério adoptado uma vez que o mesmo poderia colidir com os princípios da igualdade e da proporcionalidade, princípios por que se deve pautar e conformar a actuação das entidades públicas.

Com efeito, a diferença de tratamento concedido aos trabalhadores aeroportuários quanto ao montante das taxas de estacionamento, beneficiando os trabalhadores da *ANA – Aeroportos de Portugal, S.A.*, de uma tarifa distinta da aplicada aos demais trabalhadores das empresas que laboram no Aeroporto de Faro, poderia não se conformar com o princípio da igualdade (13.º da Constituição e art. 5.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo). A apontada discriminação colidiria, ainda, com o disposto no art. 13.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de Dezembro, nos termos do qual, no desempenho da sua actividade de concessionária do serviço público aeroportuário, deverá a *ANA – Aeroportos de Portugal S.A.*, “...*Observar o princípio da igualdade de tratamento dos utilizadores e utentes das infra-estruturas aeroportuárias dentro das condições legais e regulamentares fixadas para o acesso e utilização de serviços aeroportuários*”.

No que se refere ao entendimento perflhado pela empresa concessionária do serviço público aeroportuário de que o montante diversificado das tarifas de estacionamento, qual seja o de que os seus trabalhadores realizariam a gestão dos bens dominiais e prestariam o serviço público cometido à mesma, dir-se-á que os demais trabalhadores das empresas que exercem a sua actividade no Aeroporto de Faro, concedendo apoio ao seu funcionamento, através da prestação de serviços, também contribuem, ainda que de modo acessório, para a prestação do serviço público aeroportuário a que a *ANA – Aeroportos de Portugal, S. A.*, se propõe realizar. Com efeito, a razão de ser dos estabelecimentos e serviços concessionados que laboram no Aeroporto de Faro – como nos demais aeroportos – é, precisamente, a de contribuir para o melhor desempenho do serviço público aeroportuário colaborando, ainda que de forma indirecta, na prestação deste serviço público.

Considerando que não existiriam locais alternativos para o estacionamento das viaturas na área envolvente do Aeroporto de Faro, que apenas dispõe, para o efeito, dos parques de estacionamento exclusivamente concessionados à *ANA – Aeroportos de Portugal, S.A.*, e atenta a deficiência na rede de transportes públicos existente que, pela sua escassez e horários praticados, não

permitiria assegurar, de modo regular, os horários de serviço dos trabalhadores naquele aeroporto, questionava-se, com propriedade, se estes trabalhadores não seriam excessivamente onerados já que suportarim diariamente uma taxa de estacionamento a preços que, do seu ponto de vista, seriam manifestamente excessivos, onerando-os substancialmente. Foi, com efeito, preponderante na orientação da instrução do processo a constatação da falta de alternativas para estacionamento e transporte dos trabalhadores, situação que os deixaria numa posição de quase sujeição.

Questionava-se, por outro lado, se a decisão tomada pela *ANA – Aeroportos de Portugal, S.A.* – qual seja a de estratificar os montantes das taxas de estacionamento, onerando sobremaneira os que não são seus funcionários mas que trabalham no Aeroporto de Faro, sem que, porém, lhes sejam oferecidos locais alternativos de estacionamento – se compaginaria com o princípio da proporcionalidade (art. 266.º, n.º 2, da CRP e art. 5.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo), segundo o qual a decisão administrativa adoptada deve mostrar-se adequada (apta à prossecução do interesse público que visa prosseguir), necessária (por qualquer outro meio não se satisfaria o interesse público visado) e proporcional (necessidade de equilíbrio e justa ponderação entre os interesses públicos e privados não podendo ser infligidos sacrifícios desnecessários aos destinatários das decisões administrativas).

Impõe, com efeito, o princípio da proporcionalidade que as restrições impostas devam limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses legalmente protegidos (art. 18.º, n.º, 2 da CRP), marginalizando-se as medidas desajustadas, inadequadas, desnecessárias ou empregues com excesso (da justa medida).

Assim sendo, os montantes das taxas de estacionamento a aplicar deveriam conter-se dentro dos limites da razoabilidade e da necessidade, cuidando não desvirtuar o sinalagma que caracteriza a taxa e que implica que entre ela e o custo da contraprestação – no caso, a ocupação de espaço afecto ao domínio público aeroportuário – persista uma relação de remuneração, surgindo a taxa como contrapartida adequada da utilidade proporcionada. O valor da taxa de estacionamento a cobrar deveria considerar-se como tendencialmente limitado pelo custo efectivo da utilização do bem e das contrapartidas prestadas, exigindo-se um mínimo de proporcionalidade.

Instada a entidade visada a pronunciar-se sobre os aspectos antes referidos, veio a mesma a alterar a sua posição sobre o assunto, em sentido favo-

rável à pretensão dos queixosos, adoptando o critério da uniformização do tarifário aplicável aos diversos trabalhadores aeroportuários, motivo pelo qual foi determinado o arquivamento do processo.

R-1608/03

Assessor: José Luís Cunha

Assunto: Ordenamento do território – obras públicas – ambiente.

Objecto: Expropriação por utilidade pública – direito à expropriação das parcelas sobrantes – perda de utilidade ambiental – ruído – emissão de fumos.

Decisão: Reclamava-se contra a recusa, por parte do Instituto das Estradas de Portugal (IEP), em proceder à expropriação total do terreno, situado no interior de um nó rodoviário, em que estava implantada a sua habitação (limitando-se a expropriação às faixas de terreno necessárias para o alargamento da estrada e do referido nó rodoviário). O processo foi dado como findo, nos termos do disposto no art. 31.º, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça, por, na sequência da intervenção do Provedor de Justiça, a entidade visada ter corrigido a sua actuação, resolvendo o problema.

Síntese:

A pretensão de expropriação total fundava-se na proximidade de uma estrada à casa de morada do reclamante, agravada com o alargamento daquela, constituindo uma degradação insuportável da qualidade de vida e uma ameaça à segurança no local, insusceptíveis de correcção adequada.

Era sustentado pelo reclamante que uma degradação da qualidade de vida tornaria inviável o uso da casa de habitação, integrando, por isso, os pressupostos da expropriação total, estabelecidos no art. 3.º, n.º 2, do Código das Expropriações.

O facto de o teor literal desta disposição apontar para motivos de ordem patrimonial não exclui a sua extensão a razões de ordem ambiental.

Recenseou-se algum acolhimento jurisprudencial para esta pretensão, designadamente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.05.2003

(Processo n.º 3A339), onde se considerava o seguinte: «*Decerto que, no âmbito de aplicação da Lei, não pode deixar de caber uma situação como a presente em que, aos olhos de qualquer cidadão, a casa dos Recorridos, enquanto lugar utilizável para habitação, surge fortemente desvalorizada – mesmo em termos de mercado, considerando um comprador prudente – porventura sem interesse algum para o fim a que tem sido destinada, e, seguramente, destituída das condições de tranquilidade e qualidade de vida que assegurava.*»

Ouvido o IEP, este insistiria não considerar verificados, em sentido rigoroso, os pressupostos estabelecidos no art. 3.º, n.º 2, do Código das Expropriações (Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro), acrescentando que os efeitos reclamados já adviriam da estrada anteriormente existente, que apenas fora ampliada, pelo que se dispunha, apenas, a introduzir medidas de minimização dos impactes ambientais decorrentes do projecto de alargamento da estrada.

Foi então empreendida nova audição deste instituto público, a fim de se esclarecerem melhor os pressupostos da posição assumida, as medidas de minimização dos impactes ambientais preconizadas (e a sua efectiva adequação para o fim pretendido) e, finalmente, para questionar o recurso à indemnização, caso tais medidas se revelassem inadequadas.

No âmbito de contactos informais estabelecidos pela Provedoria de Justiça na sequência desta nova interpelação, o IEP viria a reconhecer a fragilidade das medidas minimizadoras, admitindo estudar a possibilidade de expropriação total. Esta solução viria a ser finalmente adoptada pelo IEP, resolvendo o problema exposto na queixa, o que levou ao arquivamento do processo (artigo 31.º, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça).

2.1.4. Pareceres

R-3292/98

Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Ministro da Economia

Assunto: Domínio público – concessão – perpetuidade – nascentes de águas minero-medicinais – aplicação da lei no tempo – responsabilidade civil do Estado.

1. A Associação dirigiu-se ao Provedor de Justiça, solicitando a sua intervenção junto do Governo por não se conformar com a exigência efectuada aos concessionários de estâncias termais, no sentido de celebrarem contratos administrativos, com fixação de um prazo, nos termos previstos no art. 58.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 86/90 e no art. 46.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 90/90, ambos de 16 de Março. Sustentou a queixosa que tal actuação desrespeitaria “o princípio da perpetuidade” das concessões, firmadas ao abrigo do art. 28.º do Decreto n.º 15.400, de 20 de Abril 1928, consubstanciando a natureza definitiva do contrato, celebrado por período ilimitado, um direito adquirido dos concessionários.

2. Para melhor fundamentar a sua pretensão – reconhecimento dos direitos adquiridos ao abrigo do Decreto de 1928, a saber, direito à exploração e aproveitamento gratuito das nascentes de águas minero-medicinais, direito ao território concretamente definido no acto de concessão e direito à exploração perpétua – a queixosa fez juntar reprodução de três pareceres doutrinários (Dr. Mário Esteves de Oliveira, Dr. Osvaldo Gomes e Prof. Freitas do Amaral).

3. Todos os três ilustres administrativistas convergem ao afirmar que a aplicação do art. 46.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 90/90 e do art. 58.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 86/90 às anteriores concessões de exploração de nascentes de águas minerais, em matéria da sua perpetuidade, gratuidade e território, releva de uma interpretação errónea da extensão e compreensão do conceito



“direitos adquiridos” ali plasmado; que, no mínimo a aplicação dos preceitos da nova lei em matéria de prazos, gratuidade e território às anteriores concessões constitui o Estado no dever de indemnizar os concessionários lesados por essa modificação de cláusulas de incidência económica da sua concessão, derive ela da lei ou de acto administrativo.

4. Assim o corroboram, na opinião daqueles juristas, os artigos 36.º, n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 86/90 e o art. 29.º, al. e) do Decreto-Lei n.º 90/90, ao precisarem que nas concessões doravante outorgadas os concessionários têm direito a uma justa indemnização se os contratos de exploração forem, antes do seu termo, resgatados por motivo de utilidade pública.

5. Todavia, admite o Prof. Freitas do Amaral que as concessões anteriores aos referidos diplomas podem ser objecto de um contrato sujeitando a exploração de águas minero-medicinais a um termo de vigência, não dando lugar ao pagamento de indemnização, sempre que o concessionário prestar o seu acordo.

6. Ora, nos termos dos esclarecimentos que nos foram prestados pelo Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Economia, a grande maioria das concessões hidrominerais encontra-se titulada por contrato administrativo. Por via de comunicação de 18 de Janeiro de 2002, fomos informados de que *“o processo de enquadramento das antigas concessões em contrato foi concluído em 1998 no que se refere às concessões de depósitos minerais, encontrando-se, presentemente, realizado em 69,4% no respeitante às águas minerais, ainda que, naquele ano de 1998 estivessem já titulados por contrato parte significativa das mais importantes unidades hidrominerais de vocação termal, de engarrafamento ou mista”*.

7. Por outro lado, transmitiu-nos, ainda, o Gabinete que todos os contratos celebrados ao abrigo do art. 46.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 90/90, estipularam um prazo de 90 anos – por norma, um período inicial de 50 anos e duas prorrogações de 20 anos ou três períodos de 30 anos, consoante a opção do concessionário.

8. No que toca aos demais direitos adquiridos invocados pelos concessionários, designadamente, direito ao território concessionado e gratuidade, fomos informados que os mesmos têm sido reconhecidos pela Administração, no âmbito do procedimento de celebração dos novos contratos.

9. Assim, os novos contratos observam as áreas preexistentes e não consagram o pagamento de compensações ao Estado. Isto não obstante entender a Secretaria de Estado que a rigorosa aplicação do novo regime não se coadunaria com a preservação das áreas concessionadas e com a gratuidade da exploração. Com efeito, nos termos da informação que nos foi remetida (cfr. fls. 107, ponto 5), tais áreas são tidas por “*excessivas e insustentáveis perante a realidade técnico-produtiva e os novos critérios legais de demarcação da concessão (art. 22.º do Decreto-Lei n.º 86/90), sobretudo vistos em articulação com a figura do perímetro de protecção com três zonas e a reserva do direito na zona intermédia (arts. 27.º e 28.º do DL 86/90)*”.

10. Melhor se esclarece, a este propósito, em nota de rodapé: “*Com a aplicação do novo figurino, assente na área demarcada da concessão e no perímetro de protecção, verifica-se que, na verdade, o espaço territorial de incidência das antigas concessões fica substancialmente ampliado quer pela definição da zona alargada de protecção quer, nalguns casos, pela definição de zonas intermédias superiores à demarcada para exploração quer, ainda, pela maior intensidade das restrições a outras actividades*”.

11. Observa-se, ainda, que não veio a ser imposto aos concessionários o pagamento de qualquer compensação ao Estado, muito embora a lei determine a sua estipulação obrigatória (cfr. art. 20.º, al. e), do Decreto-Lei n.º 86/90, de 16 de Março).

12. Concomitantemente, fomos informados de que nenhuma sanção fora aplicada aos concessionários que não acordaram na celebração do contrato, os quais manteriam a exploração nos precisos termos concessionados.

13. Sobre a questão que presentemente nos ocupa pronunciou-se o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República através do Parecer n.º 77/93, (publicado in D.R. II série, n.º 262, de 12.11.1994), concluindo, nomeadamente, que:

“Nos termos do artigo 46.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março, o regime de concessões previsto no diploma aplica-se às situações anteriores, respeitando os direitos adquiridos, devendo ser celebrados os respectivos contratos administrativos.

A Administração deve notificar os concessionários para celebrar os contratos, fixando um prazo que se mostre razoável e que asse-

gure o equilíbrio da relação segundo critérios de adequação e proporcionalidade.

A recusa do concessionário à celebração do contrato – recusa expressa ou por incumprimento do prazo fixado – constitui o incumprimento de um dever, ou ónus, de reformulação do título de concessão decorrente do sistema do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março, e legislação complementar e determina a revogação do alvará e a extinção da concessão.”

14. Julga-se que o prazo estipulado nos contratos celebrados acautela suficientemente os interesses dos concessionários, podendo equiparar-se, dada a sua extensão, a um prazo tendencialmente ilimitado. Não deixou a Administração, na determinação do prazo contratual, de atender às expectativas que o anterior regime conferia aos concessionários, concedendo a exploração por um prazo duradouro, que reflecte a possível composição entre os diversos interesses em presença.

15. Na verdade, não se antevê qual o gravame que a exploração por noventa anos possa infligir na esfera jurídica dos concessionários. Muito dificilmente poderão ser estimados danos (e, por maioria de razão, quantificados), para efeitos de atribuição de uma eventual compensação a título de indemnização, não podendo os concessionários asseverar, no momento presente, que, expirado aquele prazo, manteriam interesse na prossecução da exploração. Existe forte probabilidade de alguns deles cessarem a exploração antes daquele termo. De resto, sempre poderia a Administração, como o reconhecem os queixosos, exercer a faculdade de unilateralmente pôr termo à concessão, seja mediante rescisão por incumprimento das obrigações do concessionário, seja através do resgate da mesma.

16. Os concessionários que mantenham exploração ao abrigo do contrato administrativo, dela retiram utilidades idênticas às que eram retiradas ao abrigo do anterior regime (com o benefício do alargamento dos limites territoriais), não se reconhecendo expressão significativa ao valor supostamente subtraído por aplicação das normas reclamadas. Numa perspectiva estritamente material, não se divisa modificação essencial entre a posição do concessionário cuja posição era titulada por alvará e aquele que celebre, com idêntico conteúdo, contrato administrativo de concessão de exploração.

17. Caducando o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, a lei determina que “todos os bens afectos à exploração passarão para a propriedade do Estado, salvo se de outro modo se encontrar estabelecido” (v.art. 33.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 86/90).

18. Já a extinção por resgate dá lugar ao pagamento de justa indemnização (cfr. art. 36.º).

19. Em caso de morte de pessoa singular ou de extinção da pessoa colectiva, transmite-se o valor patrimonial da posição contratual, a qual será atribuída na sequência de convite para apresentação de propostas, com prévia fixação do valor daquela posição, calculada “tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e o valor dos bens envolvidos”. Nada obsta, a nosso ver, que no âmbito das negociações prévias à atribuição da posição contratual, seja acordada a prorrogação do prazo.

20. Observa-se que na vigência do Decreto n.º 15.401, de 17-04-1928, a transferência da concessão para exploração de uma ou mais nascentes de águas minero-medicinais, sempre dependeria de prévia autorização do Governo, que a poderia recusar quando, ouvido o Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, concluísse ser inconveniente a transmissão. A autorização seria concedida por portaria, ficando consignada em alvará, com inscrição das especiais condições impostas ao transmissário (art. 34.º).

21. Ponderada a gravidade, o alcance, a essencialidade e a intensidade da intervenção legislativa, parece-nos que o conteúdo da situação jurídica anteriormente constituída por alvará de concessão não é significativamente atingido em termos que determinem o pagamento de uma indemnização.

22. Se é certo que a garantia da justa indemnização implica a uniformidade de critérios para a mesma lesão patrimonial, isso não deixa de comportar diferentes parâmetros em razão do acto ablativo, sua natureza e efeitos bem como da lesão efectivamente perpetrada e do interesse público subjacente.

23. De resto, tratando-se do aproveitamento de águas de nascentes e integrando as nascentes o domínio público do Estado, o que determina que a sua exploração seja concessionada, questiona-se como poderiam os utilizadores arrogar-se um direito à exploração perpétua das águas. O regime da domialidade, das concessões e licenças de uso privativo reflecte a autoridade da

Administração Pública, em particular, a vulnerabilidade em face das exigências ditadas em cada momento pelo interesse público ⁴⁹.

24. Embora encontrando-se a Administração adstrita a respeitar o princípio da legalidade, das garantias dos administrados e da prossecução do interesse público, sempre a outorga de concessão ou de licença de uso privativo e o exercício de poderes de rescisão ou resgate assume aspectos discricionários. O princípio da prossecução do interesse público melhor se coadunará com a atribuição da exploração a particulares por prazo determinado, do que com a atribuição de usos tendencialmente perpétuos.⁵⁰

25. Esta ordem de preocupações, em particular, a natureza limitada dos recursos naturais, os ritmos de consumo da sociedade contemporânea e a

⁴⁹ Dispõe-se no exórdio do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março, “a dependência em que, colectivamente, hoje nos encontramos da produção e distribuição destes recursos, a velocidade do progresso tecnológico, a ditar frequentes mudanças na hierarquia dos seus valores relativos e absolutos, catapultando para posição de destaque produtos até aí negligenciáveis, os consumos crescentes reclamados pela contínua elevação do nível de vida, *as factuais limitações de reservas disponíveis, as pressões sociais que transferem para os órgãos de poder a responsabilidade da gestão global e disposição dos recursos existentes, tudo são realidades que impõem ao Estado o estabelecimento de regras ajustadas a uma actualizada clarificação de conceitos e à definição dos direitos e deveres dos agentes envolvidos. E não só no campo da optimização do uso dos recursos geológicos se reclama a presença do Estado. Também porque a actividade exploradora se configura como potencialmente conflitual com outros valores do património nacional comum, como seja a indispensável manutenção do equilíbrio ecológico, reclama-se no que a ela concerne, uma procura contínua das soluções mais adequadas.*”

⁵⁰ Bem se compreende que a concessão de utilização do domínio hídrico, regulada no art. 9.º do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, possa ser atribuída pelo prazo máximo de 75 anos. Prevê o art. 11.º do citado regime – à semelhança, de resto, com o disposto no anterior regime do domínio público hídrico (art. 26.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro) – que findo o prazo de concessão, as instalações desmontáveis devem ser removidas pelo respectivo titular no prazo que lhe for fixado, revertendo as obras executadas e as instalações fixas gratuitamente para o Estado. Dispunha, ainda, o art. 20.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, poderem as licenças e concessões de usos privativos de parcelas dominiais ser outorgadas pelos prazos máximos de, respectivamente, 5 e 30 anos, ressalvando casos especiais, devidamente justificados, em que poderia ser autorizada a outorga de concessões por prazo superior a 30 anos ou por tempo indeterminado. Ora, a legislação de 1990 não dispõe sobre a duração do prazo das concessões de exploração de águas minerais, decerto por entender o legislador que, atenta a particularidade dos interesses em presença, mais avisado pareceria deixar a determinação do termo do contrato administrativo de concessão à liberdade das partes envolvidas, desde logo antevendo possíveis acordos entre a Administração e o concessionário.

necessidade de preservar o equilíbrio ecológico, reflectida no exórdio do diploma, parece justificar a imposição feita aos anteriores concessionários, no sentido de sujeitarem a exploração a um termo certo.

26. Nem se venha sustentar que a fixação de um período temporal vem bulir com o princípio do respeito pelos direitos adquiridos. Tem-se presente que as concessões foram constituídas ao abrigo de um Decreto de 1928 e que muitos dos concessionários mantinham, à data da publicação do novo regime, exploração há décadas. Por virtude da celebração do contrato administrativo mantêm o direito à exploração gratuita, com alargamento dos limites territoriais – o que não deixa de constituir um benefício apreciável –, por cerca de mais noventa anos. A exploração não foi interrompida ou suspensa entre a entrada em vigor da legislação de 1990 e a efectiva celebração dos contratos de concessão.

27. Por fim, quanto à interpretação do conceito de direitos adquiridos, acompanhamos o entendimento exposto no Capítulo VII do citado parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República. Ali se defende, nomeadamente, que na técnica jurídica, quando se faz referência a direito adquirido se tem em vista o título aquisitivo e não o conteúdo do direito.

28. O legislador pretendeu proteger as situações jurídicas em que estavam investidos os titulares de concessões para exploração de recursos geológicos nos termos do respectivo alvará de concessão (situações jurídicas subjectivas), em tudo quanto a lei não definisse. Ficam, assim, excluídos, “*os elementos objectivos, previstos e resultantes directamente da lei, e que objectivamente conformam a própria disciplina e o conteúdo da relação de concessão*”. Entre estes elementos, figura a natureza temporária ou tendencialmente ilimitada da relação administrativa.

29. Suscita-nos particular objecção a asserção de que os particulares que exploravam as concessões de águas minero-medicinais seriam “titulares de um direito de propriedade sobre as águas ou, pelo menos, de um direito ao uso e fruição das mesmas águas, por tempo indeterminado, de conteúdo muito semelhante ao direito de propriedade” (Dr. Osvaldo Gomes).

30. Sufragamos o entendimento do Prof. Freitas do Amaral que opina que o concessionário de águas minero-medicinais realiza uma verdadeira utilização do bem público, traduzindo a concessão de exploração de bens dominiais uma forma especial de utilização privativa do domínio público pelos particulares. Do mesmo passo, assinala o carácter reforçado dos poderes e

deveres de autoridade do concessionário, que se substitui à Administração na gestão dos bens cuja exploração lhe foi concedida.

31. Em suma, entendemos não proceder a queixa formulada, pelo que propomos o arquivamento do processo organizado para a sua apreciação, ao abrigo do art. 31.º, b) do Estatuto aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

R- 3219/02

Assessor: Maria Manuela Barreto

Entidade visada: Direcção-Geral do Património

Assunto: Domínio privado – cedência de uso – alienação – Infantário e Jardim-de-infância.

I – Do pedido de intervenção

1. Solicitou a associação reclamante – Associação Infantário e Jardim-de-Infância ..., com sede e instalações na Rua, no Porto – a intervenção do Provedor de Justiça junto das autoridades administrativas competentes, por se opor à alienação, em hasta pública, de uma parcela de terreno, com a área aproximada de 843 m², contígua à Escola Secundária, no Porto.

2. Alega a associação queixosa que, por iniciativa da então Direcção-Geral das Construções Escolares, fora cedida a parcela de terreno antes referida para nela se construir o futuro edifício do Infantário e Jardim-de-Infância, o qual vem funcionando, de há cerca de 30 anos a esta parte, nas instalações da Escola Secundária, pelo que a alegada alienação em hasta pública daquele imóvel, inviabiliza a pretendida transferência daquelas instalações, frustrando-se, assim, as legítimas expectativas da impetrante. Contrapõe, ainda, a entidade queixosa, a necessidade premente do Infantário e Jardim-de-Infância em causa transferir as suas instalações para outro local tido por mais adequado, por motivo de aquele equipamento escolar funcionar no interior das instalações da Escola Secundária e, portanto, em espaços pouco adequados à frequência de crianças dos ensinos infantil e pré-escolar.

II – Da instrução

3. Com vista à instrução do processo, e em estrito cumprimento do dever de prévia audiência consignado no art. 34.º, do Estatuto do Provedor de Justiça, promoveu-se audiência da Direcção-Geral do Património, inquirindo-se esta entidade sobre os motivos que presidiram à alienação, em hasta pública, do imóvel em apreço e da conformidade deste acto com o teor da escritura pública de aquisição – nos termos da qual o terreno seria afecto à ampliação dos limites do Liceu – e, ainda, sobre se no âmbito da decisão administrativa adoptada foram ponderadas instalações alternativas para o infantário em apreço. Questionou-se, acrescidamente, aquela entidade a respeito da sequência concedida ao ofício de 28.03.2002, da Direcção Regional de Educação do Norte, onde se relatava a situação e se dava conta da necessidade de se encontrar local alternativo para as instalações do infantário e jardim-de-infância em apreço, e de onde avulta o que se transcreve: “...é parecer desta Direcção Regional que a referida cedência, a título gratuito e urgente, não só sublinhará a verdadeira intenção da sua aquisição, como também resolverá, em definitivo, o problema da ocupação das instalações da Escola Secundária, que se vem arrastando há longos anos”.

4. Objectou aquela entidade:

- a parcela de terreno em causa, com a área de 843 m², foi adquirida pelo Estado (Direcção-Geral das Construções Escolares), em 26.04.1983, com vista à ampliação dos limites do Liceu, e não para a construção de qualquer infantário ou jardim-de-infância;
- em 28.03.2002, a Direcção Regional de Educação do Norte veio solicitar a cedência, a título gratuito, daquele terreno à Associação de Pais do Infantário e Jardim-de-Infância, para ali edificar as suas instalações;
- argumentavam os mencionados serviços regionais do Ministério da Educação que o funcionamento do infantário no interior das instalações da Escola Secundária se mostrava desajustado, ocupando área necessária a satisfazer as normais actividades de uma escola secundária;
- face a esta solicitação, foi o imóvel avaliado em € 250.000,00, propondo-se à associação queixosa a cessão, a título definitivo, por este

- valor, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 97/70, de 13 de Março;
- isto, porque as cedências definitivas, a título gratuito, se encontravam expressamente proibidas por força do estabelecido no art. 3.º, n.º 6, da Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2002;
 - a associação reclamante não aceitou, porém, a proposta;
 - o terreno foi à praça em 24.10.2002, mas não houve licitantes, motivo por que se admite a realização de outro acto congénere.

III – Apreciação

5. Importa, antes do mais, fazer breve alusão ao quadro legal vigente em matéria de alienação de bens imóveis do Estado.

6. Dir-se-á em, breve síntese, que o património real dos bens do Estado (por contraponto com o património obrigacional e financeiro) incorpora duas categorias distintas: os bens do domínio público e os bens do domínio privado.

7. Na acepção objectiva, domínio público *“é o conjunto das coisas que, pertencendo a uma pessoa colectiva de direito público de população e território, são submetidas por lei, dado o fim de utilidade pública a que se encontram afectadas, a um regime jurídico especial caracterizado fundamentalmente pela sua incomerciabilidade, em ordem a preservar a produção dessa utilidade pública”*⁵¹. Ou, de modo mais redutor *“coisas públicas são coisas submetidas por lei ao domínio de uma pessoa colectiva de direito público e subtraídas ao comércio jurídico privado em razão da sua primacial utilidade colectiva”*⁵². Integram o domínio público do Estado o conjunto de bens enumerados nas diversas alíneas do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro (Inventário Geral do Património do Estado).

⁵¹ José Pedro Fernandes, Dic. Jur. da Administração Pública, Vol. IV, Lisboa, 1991, pag. 166.

⁵² Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Vol. II, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 1980, pag. 881.

8. Pertencem ao domínio privado do Estado as coisas corpóreas de sua propriedade, que não pertencendo, por lei, ao domínio público, estão em princípio “...*sujeitos a um regime de direito privado e inseridos no comércio jurídico correspondente*”.⁵³

9. Acontece, porém, que no domínio privado do Estado “...*coexistem bens que desempenham um papel deveras relevante na prossecução das atribuições administrativas e bens que apenas vieram à posse da Administração ocasionalmente (sucessão hereditária, execução fiscal) ou cuja única utilidade é a de produzir rendimentos*”.⁵⁴

10. Desta asserção parte a distinção entre bens do domínio privado indisponível ou do património administrativo e bens do domínio privado disponível ou do património financeiro. Os primeiros, são aqueles bens que se encontram afectados a fins de utilidade pública e relativamente aos quais nenhum acto jurídico pode ser validamente praticado com prejuízo da finalidade a que aqueles bens estejam afectos – nem a alienação ou a oneração, pela Administração, nem a penhora, pelos tribunais. Os segundos, são aqueles bens que não se encontram especialmente afectos à satisfação de necessidades públicas específicas, estando aplicados a fins meramente financeiros. São, como se disse, bens de aquisição ocasional que deixaram de estar afectos à satisfação de necessidades públicas ou que apenas se destinam a produzir rendimentos.

11. A distinção antes referida, entre domínio privado indisponível e domínio privado disponível dos bens do Estado, encontra suporte legislativo no Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, e em especial no elenco consignado no art. 7.º, 2.º e 3.º, dele constante.

12. Na parte que para a apreciação da questão ora em apreço releva, dispõe o art. 7.º, 3.º, do citado diploma legal, que o domínio privado disponível compreende os bens do Estado não afectos a fins de utilidade pública e que se encontrem na administração directa da Direcção-Geral do Património.

13. E, ao invés do que sucede com os bens do domínio privado indisponível do Estado que, por natureza, não podem ser alienados ou onerados, os bens imóveis do domínio privado podem ser alienados desde que de acordo

⁵³ Marcello Caetano, ob. cit., pag. 961.

⁵⁴ Marcello Caetano, ob. cit., pag. 968.

com as formas e meios previstos na lei. Tal significa que, não havendo afectação a nenhum fim de utilidade pública, estes bens podem ser alienados ou onerados pela Administração ainda que pelas formas prescritas na lei administrativa, e concretamente, de acordo com o que dispõe o Decreto-Lei n.º 97/70, de 13 de Março, a este propósito.

14. Nos termos preconizados pelo citado diploma legal, a alienação de bens imóveis do domínio privado do Estado, desde que para fins de interesse público, pode ser realizada, independentemente de hasta pública, mediante cessão a título definitivo, precedendo autorização fundamentada do Secretário de Estado do Tesouro, sob a forma de portaria (art. 1.º, n.º 1). A portaria de autorização deve mencionar expressamente o fim de interesse público justificativo da cessão, a natureza desta, as condições e encargos a que fica sujeita, bem como a importância devida como retribuição no caso de a cessão não ser gratuita (art. 1.º, n.os 2 e 3).

15. A cessão definitiva dos bens imóveis do domínio privado do Estado fica condicionada à realização de fins de interesse público com base na qual foi autorizada e ao cumprimento das cláusulas da cessão, sob pena de reversão dos bens para o património do Estado (art. 2.º, do citado texto legislativo).

16. Posto o que vem dito, a alienação de bens do domínio privado do Estado pode realizar-se, independentemente de hasta pública, através de cessão a título definitivo, a qual poderá ser onerosa ou gratuita desde que, claro está, por razões ponderosas devidamente justificadas e o fim prosseguido seja o do interesse público.

17. Chegados a este ponto e compulsados os elementos carreados para a instrução do processo, cumpre referir que a parcela de terreno reclamada inclui-se no património disponível do domínio privado do Estado, pelo que poderia, em abstracto, ser objecto de cessão definitiva a título gratuito, como pretende a associação queixosa.

18. Contudo, à luz do disposto no art. 3.º, n.º 6, da Lei do Orçamento do Estado para 2002 (Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro), a almejada cessão gratuita não era viável do ponto de vista legal, porquanto o preceito antes referido impunha a obrigatoriedade de as cessões a título definitivo serem onerosas. Com efeito, dispõe o citado normativo que “*a base de licitação das alienações em hasta pública e as cessões definitivas que devem*

ser onerosas, independentemente da base legal, têm como referência o valor encontrado em avaliação promovida pela Direcção-Geral do Património”.

19. Assim sendo, a argumentação aduzida pela Direcção-Geral do Património quanto às razões que presidiram à alienação, em praça pública, da parcela de terreno em apreço, são válidas, não podendo ser outro o modo de transmissão, sob pena de o acto assim praticado ser ilegal e *contra legem*. A alternativa viável seria a de lançar mão ao disposto no Decreto-Lei n.º 97/70, de 13 de Março, ao abrigo do qual o terreno em causa poderia ser retirado de hasta pública desde que a associação reclamante aceitasse a sua cessão a título definitivo, pelo montante da avaliação promovida pela Direcção-Geral do Património – 250 000 euros –, proposta que foi, efectivamente, feita por aquele organismo, mas que não foi aceite pela entidade queixosa.

20. Os pressupostos legais, alicerçados na lei orçamental em que se estribou a decisão da Direcção-Geral do Património para levar o terreno à praça pública, parecem, porém, não subsistir no ano em curso e, nomeadamente, em face do quanto dispõe o Orçamento do Estado para 2003. Com efeito, o art. 4.º, n.º 4, da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, estipula o seguinte : *“As alienações de imóveis, incluindo as cessões definitivas onerosas, independentemente de base legal, têm como referência o valor apurado em avaliação promovida pela Direcção-Geral do Património”.*

21. O citado segmento normativo não impõe, pelo exposto, a obrigatoriedade de as cessões a título definitivo serem onerosas, apenas consignando que, relativamente a estas, o valor de transmissão tenha como referência o valor apurado em avaliação promovida pela Direcção-Geral do Património. Admite-se, pelo exposto, a cessão definitiva a título gratuito, assim como parece admitir-se a fixação de uma retribuição em importância inferior ao resultado da avaliação, apenas se exigindo que este valor sirva de referência. Assim, não se exclui a hipótese de as cessões definitivas gratuitas virem a ocorrer no decurso do ano de 2003, desde que, naturalmente, condicionadas ao formalismo previsto no Decreto-Lei n.º 97/70, de 13 de Março.

22. Ora, de acordo com a ordem jurídico-constitucional, tarefa fundamental do Estado é a da assistência materno-infantil – que se concretiza na criação de instituições dedicadas à infância (creches e infra-estruturas de apoio à família) –, bem como a da criação de um sistema público de educação pré-escolar ministrada em estabelecimentos, antes do ingresso na escolaridade básica (art. 67.º, n.º 2, alínea *b*) e art. 74.º, n.º 3, alínea *b*), ambos da Cons-

tuição). A criação de instituições que sejam afectas àquele fim prosseguem, desse modo, o interesse público – consistente este na protecção à família nos moldes previstos na Constituição – contribuindo para a realização da política de apoio à família e da política de ensino que incumbe ao Estado, por excelência, promover.

23. Com efeito, o interesse público, na sua génese, e em contraposição ao interesse privado, caracteriza-se por ser um interesse eminentemente objectivo, não individualizado nem individualizável, que visa a satisfação das necessidades colectivas, identificando-se com o interesse colectivo ou bem comum, e não com interesses próprios de um grupo ou indivíduo, individualmente considerados. O interesse público “...é um momento teleológico de qualquer actividade administrativa: as autoridades administrativas mesmo no uso de poderes discricionários, não podem prosseguir uma qualquer finalidade, mas apenas a finalidade considerada pela lei ou pela Constituição, que será sempre uma finalidade de interesse público”.⁵⁵

24. O critério da prossecução do interesse público coloca, a par das pessoas colectivas públicas – as quais, por definição, visam a satisfação de interesses públicos – as entidades privadas que, por prosseguirem fins qualificados como de interesse público, se sujeitam a regimes especiais de Direito Administrativo. São disso exemplo, quer as instituições particulares de solidariedade social – tidas como pessoas colectivas de direito privado, sem fins lucrativos, sujeitas à tutela do Estado, que prosseguem os objectivos enunciados nas diversas alíneas do n.º 1, do art. 1.º, do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, de entre eles o apoio à família, a crianças e jovens – quer as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa.

25. Os argumentos aduzidos pela Direcção Regional de Educação do Norte, constantes do ofício dirigido à Direcção-Geral do Património, junto aos autos a fls. 11 a 13, no sentido de que a existência do infantário em questão no interior do edifício da Escola Secundária ..., no Porto, de há vários anos a esta parte, se revelar manifestamente desajustado impondo-se, por isso, a necessidade urgente de providenciar pela transferência daquelas instalações para local adequado, parece a todas as luzes pertinente. Por outro lado, a soli-

⁵⁵ J.J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição, Coimbra Editora, anotação ao art. 266.º, pg. 922.

citação feita à Direcção-Geral do Património consistente na cedência, a título gratuito e urgente, do terreno em causa à associação reclamante por motivo de a parcela de terreno em questão ter sido adquirida, de facto, para nela serem construídas as instalações do infantário, a fim de que as instalações por este ocupadas sejam desocupadas e afectas ao ensino secundário, aconselham a que se adopte uma posição justa e célere, mas sem mácula do ponto de vista legal.

26. Com este desiderato, cumpre referir que consta da escritura pública, junta ao processo a fls. 16 a 18, que, por deliberação municipal, a Câmara Municipal do Porto cedeu, a título oneroso, à então Direcção-Geral das Construções Escolares a parcela de terreno em questão, com vista à *ampliação dos limites do Liceu*. Tal cedência foi homologada pela Assembleia Municipal, em 30 de Abril de 1981.

27. Ora, funcionando o infantário em questão, há cerca de 30 anos, no edifício da Escola Secundária ..., dir-se-á que “o aumento dos limites” das instalações escolares a que atrás se alude, incluiria necessariamente aquele centro infantil. Tanto mais que, ao tempo, quer da homologação da cedência onerosa do terreno pela Assembleia Municipal (30.04.1981), quer da realização da escritura de venda antes referida (26.04.1983), já o infantário e jardim-de-infância em causa funcionava naquelas instalações, local onde, aliás, sempre funcionou.

28. Dir-se-á, por outro lado, que o infantário e jardim-de-infância em apreço é subsidiado pelo Ministério da Educação e destina-se prioritariamente aos filhos dos beneficiários dos serviços sociais daquele Ministério, acção enquadrada nas atribuições da extinta obra social do mesmo e regulamentada pelo denominado Regulamento A-9, aprovado, na última versão, pelo Subsecretário de Estado da Administração Escolar, em 7.04.1983.

29. Observar-se-á, ainda, que a Associação de Pais do Infantário da Escola Secundária ..., como refere o ofício da Direcção Regional de Educação do Norte, a fls. 11 segs. do processo, irá constituir-se em instituição particular de solidariedade social, na esteira do que vem sendo prática firmada, traduzida esta em converter as associações gestoras dos centros infantis em instituições particulares de solidariedade social.

30. Cumpre referir, por fim, que a extinta Direcção-Geral de Equipamento Escolar, não considerava necessário, nem tão pouco viável, a ampliação das instalações do Liceu ..., em face da dimensão das instalações

existentes, pelo que a solução passaria por desocupar as diversas salas de um dos edifícios da escola secundária, ocupadas pelo infantário e jardim-de-infância, transferindo estas instalações para um local que, conquanto integrado nas instalações da escola, funcionasse de forma independente, conforme, aliás, emerge do teor do ofício junto a fls. 15 dos autos.

IV – Conclusões

31. Atento o exposto, afigura-se-nos que do ponto de vista jurídico-administrativo nada obsta a que o terreno em causa seja cedido gratuitamente para ali se construírem as instalações do futuro infantário e jardim-de-infância.

32. *De jure*, e como já melhor se referiu, o impedimento legal constante do art. 3.º, n.º 6, da Lei do Orçamento do Estado para 2002 (Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro) deixou, em nosso entender, de existir, em face do quanto consagra a Lei do Orçamento do Estado, actualmente em vigor. Com efeito, a norma contida no art. 4.º, n.º 4, da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2003), parece não impedir a cessão definitiva, a título gratuito, dos imóveis do Estado, cumprido que seja o disposto no Decreto-Lei n.º 97/70, de 13 de Março.

33. Ora, na situação vertente, a cessão definitiva a título gratuito do imóvel em questão, poderá conformar-se com os condicionalismos legais impostos pelo Decreto-Lei n.º 97/70, de 13 de Março, uma vez que se propõe afectar aquele bem a fins de interesse público: a construção de uma creche e jardim-de-infância, promovendo-se a assistência à família e a criação de infra-estruturas de apoio materno-infantil, objectivos constitucionalmente consagrados como tarefa fundamental do Estado, ainda que por recurso a pessoas colectivas de direito privado.

34. Tal cessão definitiva deverá, porém, ser precedida de autorização fundamentada do Secretário de Estado do Tesouro, sob a forma de portaria, na qual deverá mencionar-se o fim de interesse público justificativo da cessão.

35. Considerando que o terreno em apreço se mantém no património disponível do Estado uma vez ter ficado deserta a praça aquando da hasta pública realizada em 24.10.2002, e, por outro lado, tendo em conta os argumentos aduzidos pela Direcção Regional de Educação do Norte quanto aos inconvenientes da ocupação das instalações da escola secundária pelo infantá-

rio e jardim-de-infância, a qual vem perdurando ao longo dos anos, conclui-se serem aquelas razões suficientemente ponderosas, aconselhando a que a Direcção-Geral do Património reavalie a situação e repondere a sua posição. Tal passaria por não disponibilizar o terreno para integrar eventual hasta pública e, em conformidade, viabilizar a cessão, a título definitivo e gratuita, do mesmo, tanto mais que, de acordo com a disciplina jurídica em vigor, não existe qualquer impedimento legal para o efeito.

36. A posição assim acolhida satisfaria os interesses envolvidos – da Direcção Regional de Educação do Norte, por um lado, e da associação queixosa, por outro – sem pôr em crise o interesse público, cuja realização, aliás, se visa prosseguir e por isso mesmo é de *per se* justificativo da cessão.

37. Posto o que vem dito, sou de parecer que deverá questionar-se a Direcção-Geral do Património a respeito da viabilidade de reequacionar a posição que quanto ao assunto assumiu, nos moldes expostos, instando-a a pronunciar-se sobre as considerações atrás aduzidas.

38. Interpelada quanto os argumentos aduzidos na informação supra e respectivas conclusões, veio a Direcção-Geral do Património a acolher favoravelmente o quanto foi ali preconizado, alterando a sua posição, no sentido de ceder, a título gratuito precário, pelo prazo de trinta anos, a parcela de terreno em causa.

R-174/04

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Câmara Municipal de Gondomar

Assunto: Ordenamento do território – Plano Director Municipal – propriedade privada – expropriação pelo sacrifício.

(A)

Esclarecimentos preliminares ao reclamante

1. Solicitou V. Ex.^a a intervenção deste órgão do Estado, considerando indevido o indeferimento de um pedido de licenciamento para construção particular por parte da Câmara Municipal de Gondomar.

2. Afirma que se encontra impossibilitado de aproveitar a parcela de terreno que possui na Rua ..., em virtude de tal espaço se encontrar afecto, de acordo com o Plano Director Municipal, à construção de instalações e equipamentos de interesse público.

3. Analisada a situação apresentada, queira V. Ex.^a ponderar no seguinte:

a. É hoje reconhecido pelos nossos tribunais que o direito de propriedade privada sobre os solos não compreende necessariamente o direito de construir – o direito a construir resulta para o proprietário das faculdades de aproveitamento que o plano consentir (v., do Tribunal Constitucional, entre outros, o Acórdão n.º 341/86, publicado no Diário da República, 2.^a Série, n.º 65, de 19.03.1987, o Acórdão n.º 329/94, do Tribunal Constitucional, publicado no Diário da República, 2.^a Série, n.º 220, de 30.08.1994, do Supremo Tribunal Administrativo, entre outros, os Acórdãos de 18.03.2003 (proc.º 731/02) e de 13.01.2000 (proc.º 44.287);

b. Neste último, pode ler-se:

A faculdade de construir é de configurar como uma concessão jurídico-pública, resultante, regra geral, dos planos urbanísticos (...) não se consubstanciando em faculdade ínsita no conteúdo prévio e substancial do direito fundamental de propriedade privada;

c. O plano define um conjunto de regras sobre a utilização do solo e, no seu âmbito, os interessados afectados apenas têm o direito a exigir que os seus interesses sejam ponderados, a par de outros interesses relevantes;

d. Assim, as disposições dos instrumentos de gestão territorial nem sempre vão ao encontro das aspirações dos particulares, provocando, na maior parte dos casos, problemas de igualdade entre estes, ao preverem, nomeadamente, diferentes utilizações para terrenos em condições similares;

e. Esta situação é tão mais problemática quanto não se tem dotado o ordenamento jurídico dos instrumentos necessários a suprir estas situações de desigualdade;

f. Recentemente, este problema encontrou ponderação por parte da lei, mas apenas em parte e para casos futuros (aplicação de novos planos), através do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, consagrado no Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei

n.º 310/2003, de 10 de Dezembro, onde se desenvolve o disposto no art. 18.º da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território (LBOT) – Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto;

g. Estes diplomas, para além de determinarem a obrigatoriedade para os planos vinculativos dos particulares de preverem mecanismos equitativos de perequação compensatória, destinados a assegurar a redistribuição, entre os interessados, dos encargos e benefícios deles resultantes, estabelecem o dever de indemnizar sempre que aqueles instrumentos de gestão territorial determinem *restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação, a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados* que não possam ser compensados através daqueles mecanismos de perequação (art. 143.º, n.º 1);

h. Contudo, como já foi referido, esta legislação é apenas aplicável para o futuro, não parecendo susceptível de aplicação ao PDM de Gondomar;

i. Por conseguinte, a questão reclamada não encontra uma solução clara no ordenamento jurídico;

j. O Direito, no entanto, deve propiciar ao particular meios jurídicos para se defender de lesões causadas por sacrifícios injustos, como parece ser o caso;

k. Com efeito, não se encontra motivo bastante para fundamentar que o terreno de V. Ex.^a esteja cativo para ulterior construção de equipamentos colectivos e outros terrenos, em redor, possam ser aproveitados para edificar;

l. É certo que um dia o terreno há-de ser expropriado, mas até lá, na verdade, V. Ex.^a estará impedido de nele edificar;

m. Há porém duas situações em que o legislador ponderou expressamente, embora não se possam aplicar directamente ao caso concreto;

n. Assim, parece-nos defensável a aplicação analógica do art. 165.º do Estatuto das Estradas Nacionais (Lei n.º 2037, de 19 de Agosto de 1949) e do art. 106.º do Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais (Lei n.º 2110, de 19 de Agosto de 1961), que consagram o direito dos interessados a exigir a expropriação no caso de serem cativados terrenos para além de um determinado período de tempo;

o. Trata-se, em ambos os casos, de situações que, substancialmente, são idênticas à exposta por V. Ex.^a porquanto os prédios se encontram reservados para determinado projecto de interesse público que, por contingências várias, nomeadamente de ordem financeira, podem manter-se sem execução;

p. Assim, pondero que aquele direito à expropriação decorrerá, desde logo, e em primeira linha, do dever de executar o prescrito nos planos;

q. E, no caso exposto por V. Ex.^a, o dever de concretizar os planos, impende, exclusivamente, sobre a Administração sem que ao particular seja exigida, ou mesmo permitida, qualquer intervenção;

r. Pelo contrário, o particular fica adstrito a uma obrigação de inacção e de sujeição à actuação da Administração;

s. Nesta ordem de ideias, também a indemnização dos danos provocados pelas disposições dos planos que configurem uma reserva de expropriação deveria ser resolvida, na falta de uma disciplina específica, através da aplicação analógica do disposto no art. 106.º, § 2 da Lei n.º 2110, de 19 de Agosto de 1961 (Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais);

t. Assim, se o vínculo da inalterabilidade se prolongar por mais de três anos, e sem que a expropriação ou a aquisição por via do direito privado tenha lugar, o proprietário dos terrenos afectados terá o direito a uma indemnização pelos prejuízos directa e necessariamente resultantes daqueles terem sido e continuarem reservados para expropriação;

u. Este prazo é igualmente o período de tempo durante o qual as alterações ou revisões dos planos não podem, salvo raras excepções, ter lugar e, bem assim, o prazo máximo de vigência, sem indemnização, das medidas preventivas dos planos municipais;

v. Contudo, esta solução tem como obstáculo o período de 3 anos, previsto no Código Civil, como prazo para a prescrição do direito substantivo de indemnizar (art. 498.º, n.º 3);

w. Por esta razão e, em geral, por razões de segurança jurídica, entende-se que a legislação deveria prever, expressamente, o dever de expropriar, assim como o dever indemnizar e o prazo a partir do qual serão exigíveis.

4. Devido à apresentação de múltiplas queixas neste órgão do Estado quanto a impedimentos edificatórios resultantes de disposições dos instrumentos de gestão territorial, algumas delas similares à apresentada por V. Ex.^a, está a ser realizado um estudo sistemático.

5. Nada impede V. Ex.^a de, entretanto, vir a procurar valer nos tribunais esta posição, pedindo a condenação do município a expropriar ou pagar-lhe uma indemnização.

6. Chamo a atenção de V. Ex.^a para o facto de a indicação dos meios acima enunciados não dispensar a consulta de um advogado da sua livre

escolha que, em concreto, avalie a sua procedência e que assuma o necessário patrocínio judiciário.

7. Na eventualidade de não dispor de recursos económicos bastantes, dispõe da possibilidade de utilizar, de forma gratuita, os gabinetes de consulta jurídica da Ordem dos Advogados.

8. Iremos, de qualquer modo, solicitar explicações à Câmara Municipal de Gondomar.

(B)

Interpelação do órgão visado

1. É pedida a intervenção do Provedor de Justiça pelo proprietário de prédio por não se conformar com o despacho de 20.07.2001, que lhe indeferiu pedido de licença para edificar.

2. Com efeito, é-lhe oposto que no artigo 26.º, n.º 1, do Plano Director Municipal, a área se destina predominantemente a instalações e edifícios de equipamento com interesse público.

3. Como tal, diz-se impossibilitado de obter aproveitamento algum do referido terreno – nem urbano nem, evidentemente, agrícola ou florestal.

4. O destino do terreno parece passar incontornavelmente por uma iniciativa pública – a expropriação – sem o que parece o proprietário sujeito a um sacrifício excessivo no seu direito.

5. Dignar-se-á V. Ex.^a providenciar por que seja o Provedor de Justiça informado, nomeadamente:

- a) se foi adoptada a resolução de expropriar ou se porventura já foi requerida a declaração de utilidade pública;
- b) se está previsto plano de urbanização ou de pormenor para o local que venham a habilitar a Assembleia Municipal a declarar a utilidade pública;
- c) de qual o equipamento que está previsto vir a ser instalado no local, de modo a utilizar o imóvel identificado;
- d) se pretende o município de Gondomar, por algum modo, ressarcir o proprietário ou compensá-lo, ao menos, pelos impedimentos a que se encontra sujeito.

(C)
Elucidação ao reclamante

1. Depois dos esclarecimentos que prestámos a V. Ex.^a, por meio do ofício de 28.05.2004, procurámos averiguar junto da Câmara Municipal de Gondomar o motivo por que se mantinha cativado o uso do imóvel identificado para equipamentos de interesse público, de acordo com o Plano Director Municipal, se não se previa ainda a expropriação por utilidade pública.

2. Apontava-se como excessivo o sacrifício imposto a V. Ex.^a, impossibilitado de conceder aproveitamento útil ao referido prédio, uma vez que a execução do Plano Director Municipal não poderia certamente ficar a cargo dos proprietários.

3. Na resposta recentemente prestada pela Câmara Municipal de Gondomar (ofício de 8.09.2004) vem dar-se conta de alterações substantivas no uso dos solos que se prevê virem a ter lugar com o Plano de Urbanização de Rio Tinto e Baguim do Monte, em fase final de preparação.

4. Com efeito, tudo aponta para que o local venha a ter como uso predominante o uso residencial, em termos que permitirão a V. Ex.^a fruir o imóvel de que é proprietário.

5. Considerando em vias de ser ultrapassada a questão controvertida que o levava a pedir a intervenção do Provedor de Justiça, determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 31.º, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

R-3168/04

Assessor: Miguel Feldmann

Entidade visada: Secretária de Estado da Habitação

Assunto: Urbanismo – utilização de edifícios e fracções autónomas – licença – negócios jurídicos – transmissão – notariado – Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho.

1. Com base em artigo publicado no *Jornal de Notícias*, de 19 de Julho de 2004, criticando o regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho, foi solicitada a intervenção da Provedor de Justiça junto do legislador.

2. De acordo com o mencionado artigo, numerosos proprietários encontrar-se-iam impedidos de alienar prédios urbanos e fracções autónomas por não ter sido atribuída licença de utilização a tais imóveis.

3. Tal decorreria do disposto no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho, onde se determina a proibição de se celebrarem escrituras públicas que envolvam a transmissão da propriedade de prédios urbanos ou das suas fracções autónomas sem que seja feita prova da existência da respectiva licença de utilização.

4. Opunha-se que os proprietários que haviam celebrado escrituras públicas de aquisição de imóveis relativamente aos quais fora exibida apenas a licença de construção estariam impedidos, em virtude do novo regime, de alienar estes bens por carecerem de licença de utilização, já que esta omissão, a maior parte das vezes, não lhes seria sequer imputável.

5. Contestava-se, ainda, que a imposição respeitasse as edificações anteriores à exigência da licença de utilização.

6. Contudo, os reparos efectuados não puderam ter-se por procedentes.

7. Antes de mais, importa ter presente que o diploma em causa pretendeu pôr termo à divergência interpretativa que o art. 44.º n.º 1, da Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro – norma revogada pelo Decreto-Lei n.º 281/99 – suscitou na prática notarial, generalizando-se a possibilidade de, em escrituras relativas à transmissão de direitos sobre imóveis, poder ser exibida, alternativamente, a licença de construção ou a licença de utilização.

8. Com o novo regime, estabeleceu-se que, tratando-se de prédios ou fracções já construídos, deveria ser feita prova da emissão da respectiva licença de utilização.

9. Contrariamente ao que foi difundido pelo referido órgão de comunicação social, o regime contestado não se aplica às edificações erigidas antes da entrada em vigor do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, no qual se determina a necessidade de licença camarária das obras de construção civil.

10. Por outro lado, os proprietários de fracções cuja escritura de compra tenha sido outorgada com base em licença de construção, e relativamente às quais inexista licença de utilização, não se encontram absolutamente impedidos de proceder à sua alienação transmissão, desde que se verifiquem alguns requisitos.

11. De acordo com o previsto no art. 2.º, n.º 2, do diploma em causa, em transmissões de fracções autónomas de prédios constituídos em regime de propriedade horizontal cuja anterior transacção fora efectuada com exibição da licença de construção, para a realização da escritura pública apenas terá de fazer-se prova de que foi requerida a licença de utilização e declarar que o pedido não foi indeferido, nem a licença emitida no prazo dos 50 (cinquenta) dias sobre a data do seu requerimento.

12. Acresce que, segundo o disposto no art. 66.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – a licença de utilização tanto pode ter por objecto o edifício na sua totalidade como ou uma das suas fracções autónomas.

13. Poderá, pois, o proprietário requerer licença de utilização para uma ou mais fracções autónomas. Assiste-lhe ainda a possibilidade de solicitar à câmara municipal a certificação de que o edifício satisfaz os requisitos legais para a sua constituição em regime de propriedade horizontal, condição da emissão da licença de utilização parcial.

14. Fora destas situações, não se parece que se deva sacrificar o controlo urbanístico exercido pelas câmaras municipais em sede de licenciamento, ou autorização, da construção e da utilização, que se destina garantir o interesse público na salubridade, segurança e estética das edificações urbanas, de par com o cumprimento dos parâmetros definidos em instrumento de planeamento territorial.

15. Entendeu-se, assim, não haver fundamento para sugerir a alteração do regime em causa, motivo pelo qual foi determinado o arquivamento do processo.

2.1.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-1391/84

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Gondomar

Assunto: Urbanismo – obras particulares – legalização – taxas urbanísticas
– elevação sancionatória – regulamento municipal.

1. A coberto de ofício, e nos termos do art. 38.º, n.º 2 do Estatuto do Provedor de Justiça, contestou V. Ex.^a os fundamentos da Recomendação n.º 12/A/2003, informando que a mesma não seria acatada.

2. A recomendação fundamentou-se na ilegalidade do Regulamento Municipal da Urbanização e Edificação do município de Gondomar em virtude deste proceder ao agravamento para o quántuplo da taxa devida pela emissão de licença de construção, no âmbito de procedimento de legalização sem que se encontre, para tanto, qualquer fundamento legal.

3. Da análise das considerações expendidas por V. Ex.^a pondero que não são infirmadas as conclusões da citada recomendação.

4. O não acatamento fundamenta-se, em suma, nos princípios da autonomia financeira e do poder regulamentar próprio das autarquias locais. Entende V. Ex.^a que estes princípios não impedem a distinção entre a emissão prévia da licença e a sua emissão *a posteriori* e consequentemente, a distinção em termos de valor das taxas a cobrar.

5. Ora, esta afirmação parece não tomar em consideração que aqueles princípios encontram a sua medida e limite no princípio da legalidade.

6. Assim, embora não haja qualquer norma jurídica expressa que proíba esta distinção também não existe qualquer norma que a permita, o que dificulta a sua legitimação face ao princípio da legalidade.



7. Não colhe, por isso, o argumento que absolutiza os princípios da autonomia financeira e do poder regulamentar próprios das autarquias locais, pois estes carecem de uma releitura face à necessidade de concordância prática com os restantes princípios jurídicos e face ao reconhecimento de limites decorrentes das disposições legais aplicáveis, nomeadamente os princípios da legalidade e da proporcionalidade, consagrados no art. 266.º da Constituição.

8. A aplicação da taxa agravada é ainda justificada com o facto de, muitas das vezes, já não ser possível aplicar qualquer coima pela infracção urbanística devido ao período de tempo decorrido desde a prática dos factos. Assim, alegadamente, ao legalizar-se a construção mediante a cobrança de uma taxa regular violar-se-ia o princípio da igualdade porquanto já não seria possível diferenciar, de outro modo, o licenciamento e a legalização de obras de construção.

9. Ora, a utilização da taxa agravada como meio de suprir as limitações legalmente fixadas ao procedimento contra-ordenacional parte do pressuposto que aquele agravamento também terá uma finalidade sancionatória.

10. Este procedimento não só constitui um modo de tornear as limitações que o legislador quis ver reconhecidas àquele procedimento sancionatório, baseadas, nomeadamente em valores como a segurança jurídica, como constitui uma utilização, para as mesmas finalidades, de instrumentos jurídicos que têm valências completamente distintas no ordenamento jurídico.

11. Se, precisamente, a acção contra-ordenacional não é mais possível ao fim de determinado prazo, por prescrição da responsabilidade do infractor, então, a elevação da taxa ao quádruplo, como sanção subsidiária, não pode deixar de ser vista com uma intromissão municipal no âmbito do poder legislativo.

12. E à taxa não é legalmente reconhecida a valência de diferenciação de situações legais face a situações ilegais. Com efeito, visa-se com a sua cobrança, em ambas as situações, a remoção de um obstáculo jurídico ao exercício da actividade de construção pelos particulares.

13. Ainda que não se exija à taxa que o sinalagma que encerra reflecta, rigorosamente, o valor patrimonial do encargo suportado pela Administração Pública nem o valor da utilidade fruída pelo administrado, o certo é que nada parece autorizar a distinção de taxas de licenciamento e de legalização de obras particulares.

14. A única diferença entre estas duas situações reside no desvalor jurídico radicado na ilicitude da conduta de quem executa obras sem previamente obter o licenciamento municipal exigido, sendo que este juízo apenas é atribuível à execução de obras sem o devido licenciamento municipal prévio.

15. Assim, constituindo aquele desvalor jurídico a única diferença, só justifica que se introduzam mecanismos diferenciados de tratamento entre as situações de legalização e as situações de licenciamento, se e na medida em que a diferença assim o exija. E os mecanismos de diferenciação escolhidos pelo ordenamento jurídico deverão ser os adequados ao fim que se visa obter, ou seja, a sanção dos infractores que não asseguraram o licenciamento prévio das obras de construção.

16. A legalização ou licenciamento *a posteriori* constitui uma consequência devida a um acto ilícito – a execução de trabalhos de construção ou de outras obras particulares sem licença ou autorização municipal, prévias por natureza.

17. Contudo, o meio idóneo para reprimir esta conduta ou compelir os munícipes ao cumprimento da lei não será o agravamento das taxas. Com esse desiderato já consagra a ordem jurídica outros meios eminentemente sancionatórios e compulsórios, como são, respectivamente, a aplicação de coima no termo do processo contra-ordenacional (art. 98.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção operada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho) e o ónus da apresentação da licença de utilização para a celebração das escrituras públicas que envolvam a transmissão da propriedade de prédios urbanos ou de suas fracções autónomas (art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho).

18. Ademais, a inércia dos serviços municipais, por si só, ou devido ao desconhecimento da situação ilegal, não pode implicar a utilização de um mecanismo – as taxas – para uma finalidade que não lhe é juridicamente reconhecida.

19. Verificando-se que a legalização de uma construção ilegal é objecto de tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico apenas ao nível sancionatório, não se pode, por isso, acompanhar a câmara municipal quando afirma que a aplicação de taxas idênticas aos actos de licenciamento ou de legalização de obras criaria situações de desigualdade entre os particulares. O que cria situações de desigualdade será antes a omissão na aplicação das sanções adequadas.

20. As considerações acima expendidas aplicam-se, do mesmo modo, à alegada necessidade de diferenciação do montante das taxas como forma de desincentivar a construção ilegal. Com efeito, para além deste atributo ser reconhecido aos mecanismos sancionatórios, não às taxas, o agravamento pode contribuir para o esbater da consciência da ilicitude acerca da execução de obras particulares sem licença municipal. O construtor tenderá a ver na legalização um meio alternativo que, embora mais dispendioso, lhe permite relegar o decurso dos prazos e a observância das formalidades urbanísticas para momento mais oportuno: depois do facto consumado.

21. Ao aprovarem regulamentos de taxas onde se estipula tal agravamento, estão os órgãos municipais a desviar-se dos fins para os quais lhes foi conferido o poder impositivo de taxas: a realização, manutenção e reforço das infra-estruturas urbanísticas (art. 19.º, alínea *a*), da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto), a concessão de licenças de loteamento, de obras de urbanização, de obras particulares e de ocupação da via pública, do subsolo e do espaço aéreo dominiais (alínea *b*)), o próprio aproveitamento dos bens dominiais e de outros de utilidade pública (alínea *c*)), a prestação de serviços (alínea *d*)), a ocupação e utilização de lugares em feiras e mercados municipais (alínea *e*)), a aferição e conferição de pesos e medidas (alínea *f*)), o estacionamento de veículos (alínea *g*)), etc.

22. Existirá assim um desvio do poder impositivo de taxas consagrado no art. 19.º da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto.

23. Poderia, no entanto, julgar-se que a razão de ser do agravamento não obedecesse a um escopo sancionatório, mas antes partisse de um acrescido encargo da parte dos serviços municipais na instrução e apreciação dos pedidos de legalização. Não é assim, porém. A marcha do procedimento é idêntica e não reclama da parte dos órgãos e serviços municipais nenhuma actividade acrescida ou mais intensa, dado que o requerente haverá de apresentar os mesmos elementos escritos e desenhados que apresentaria originariamente se tivesse providenciado pelo licenciamento ou pela autorização dos trabalhos. Inclusivamente, a leitura do projecto por confronto com a paisagem local é bastante mais simples com a obra executada, dispensando dos serviços um juízo de prognose acerca do impacte estético das alterações na envolvente.

24. Além do mais, este tipo de agravamentos pode ter um efeito extremamente perverso. Isto, na medida em que pode estimular as autoridades municipais a aliviarem o exercício dos seus poderes de polícia administra-

tiva no decurso das obras, transpondo-o para momento ulterior à sua execução. Destarte, arrecadarão para o erário municipal quantias superiores na liquidação das taxas, a somar ao produto da coima eventualmente aplicada e sem qualquer encargo acrescido para os serviços municipais.

25. Por fim, a argumentação relativa à susceptibilidade de impugnação contenciosa do regulamento reclamado e à sua sujeição a discussão pública, prévia à aprovação, é irrelevante quanto à apreciação da sua validade. Com efeito, o facto de o regulamento não ter sido impugnado judicialmente ou de não terem sido apresentadas quaisquer objecções à sua aprovação não confirma a legalidade das suas prescrições.

26. Face ao exposto, aguardo a posição que a câmara municipal presidida por V. Ex.^a venha a tomar para esclarecimento dos aspectos controvertidos enunciados, face ao teor da Recomendação n.º 16/A/2003, informando se mantém a intenção de não acatamento.

Nota: Na sequência desta interpelação, a Câmara Municipal de Gondomar deliberou acatar a recomendação n.º 12/A/2003, promovendo junto da Assembleia Municipal as pertinentes alterações ao regulamento.

R-5244/98

Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia

Assunto: Ambiente – estabelecimento de restauração – emissão de fumos – cessação da utilização.

1. Em 9.04.1999, interpelámos pela primeira vez a Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia a respeito da legalização do restaurante identificado em epígrafe.

2. Desde então, temos acompanhado as múltiplas intervenções junto do proprietário, no sentido de o compelir ao cumprimento dos pertinentes requisitos do estabelecimento, sem o que a licença de utilização não poderá ser-lhe deferida.

3. Todavia, apesar da falta da licença, o proprietário, imperturbável, prossegue a sua actividade, abstendo-se de cumprir a lei e ocasionando prejuízo à qualidade de vida dos moradores vizinhos, especialmente por acção dos fumos e cheiros emitidos através de um sistema de exaustão reconhecidamente inidóneo.

4. De resto, não se encontrando licenciado o restaurante, é de presumir que as condições de higiene e de segurança não se encontrem em estrita conformidade com a lei e com os regulamentos pertinentes.

5. Na última comunicação remetida à Provedoria de Justiça, dava-se conta da instauração de mais um processo contra-ordenacional (proc. 126/CO/2003), organizado sobre auto de notícia de 16.09.2003. Mas já anteriormente, através do ofício de 24.08.1999, fora transmitida a instauração de idêntico processo, sem que tenha sido conhecido o seu resultado.

6. O que não posso deixar de estranhar é que, ao cabo de quase cinco anos, a situação esteja praticamente inalterada. Qualquer margem de tolerância que a câmara municipal entendesse por bem conceder ao proprietário já se encontraria ultrapassada ao ponto de a autoridade municipal e o interesse público que representa saírem vulnerados perante a inércia do infractor.

7. Devo observar que a licença de utilização para os estabelecimentos de restauração e bebidas é expressamente equiparada na lei (art. 11.º, do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho) à licença de utilização, em geral (art. 62.º, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro), ao controlar a adequação do local ao uso previsto e o cumprimento das especificações técnicas de higiene e segurança.

8. Por conseguinte, dispõem as autoridades municipais – para os restaurantes – do poder de fazerem cessar a utilização (art. 109.º, do Decreto-Lei n.º 555/99) e de, no limite, executarem coactivamente o despejo das instalações.

9. É de notar que esta medida não se confunde com a sanção de encerramento, prevista como acessória à coima aplicada a restaurantes clandestinos (art. 38.º, n.º 1, alínea g), do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho). A aplicação desta é temporária, tem um desiderato repressivo e, como tal, é precedida por um processo contra-ordenacional, de cuja decisão cabe recurso para os tribunais comuns.

10. A outra é uma medida de polícia administrativa. Visa a pronta reintegração da legalidade urbanística infringida, faz perdurar os seus efeitos até que o estabelecimento se encontre em condições de abrir ao público e

basta-se, em termos de contraditório, com a audiência prévia do interessado, se o tempo se compadecer. Desta decisão cabe recurso, ao invés, para os tribunais administrativos.

11. Em face do exposto, dignar-se-á V. Ex.^a pronunciar-se, nomeadamente com indicação dos meios definidos como de mais pronta reintegração da legalidade.

R-1682/99

Assessores: Miguel Feldmann e Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Loures

Assunto: Urbanismo – obras particulares – legalização – taxas urbanísticas – elevação sancionatória.

1. Através de comunicação, expôs V. Ex.^a não ter sido adoptada a medida que recomendáramos, por se encontrar em adiantado processo de preparação o novo regulamento da tabela municipal de taxas e licenças.

2. Permita-me, Senhor Presidente, dar-lhe conta de algumas observações sobre as quais pediria a pronúncia de V. Ex.^a:

- a) a recomendação formulada foi recebida em 29.09.2003, como confirma V. Ex.^a, mas a aprovação pela Câmara Municipal da proposta de novo regulamento, a submeter à aprovação da Assembleia Municipal, só teve lugar em 21.10.2003, o que permitiria, em cerca de três semanas, levar a cabo a alteração;
- b) de resto, a aprovação pela Assembleia Municipal só veio a ter lugar em sessão extraordinária convocada para 3.12.2003, o que permitiria, durante todo o período intercalar – de cinco semanas – ter submetido à aprovação do executivo municipal a alteração recomendada;
- c) por último, não se vê que impedimento poderia surgir do facto de ter já sido cumprido o inquérito público relativo ao novo regulamento, uma vez que a alteração a introduzir seria favorável aos interesses dos munícipes para além de corresponder a uma exigência legal e constitucional.

3. Por fim, por se tratar de assunto da competência da Câmara Municipal colegialmente, queira V. Ex.^a informar-me da deliberação que tenha merecido a recomendação formulada e de síntese da discussão, uma vez que importa fundamentar o seu não acatamento, de acordo com o disposto no art. 38.º, n.º 3, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

Nota: Em resposta, a Câmara Municipal de Loures deliberou proceder à revisão do regulamento municipal, acatando a recomendação n.º 12/A/2003, de 29 de Setembro.

R-1041/00
Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Gondomar
Assunto: Urbanismo – obras particulares – demolição coactiva – inviolabilidade do domicílio – conceito de domicílio – suprimimento do consentimento.

1. Vem sendo renovadamente pedida a intervenção do Provedor de Justiça junto da câmara municipal presidida por V. Ex.^a a respeito de obra.

2. De acordo com o teor da informação transmitida por delegação de V. Ex.^a, terá tido lugar a investidura na posse administrativa do imóvel reclamado, em 23.11.2004, a fim de ser reposta a legalidade desta situação.

3. Tenho presente que os factos se arrastam há vários anos e que o reclamado particular sempre tem alcançado o desiderato de não satisfazer ao projecto de arquitectura aprovado, insistindo em não cumprir obstinadamente as intimações municipais. E mesmo as anteriores iniciativas municipais de fazerem executar coactivamente as ordens de remoção ficaram goradas.

4. Pondero, por um lado, que a recusa por parte dos proprietários em franquearem o acesso ao interior da edificação, por invocação da garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio, só é oponível ao município, na estrita medida em que seja necessário ingressar na edificação onde residem. Esta objecção não faz sentido quando formulada ao acesso a logradouros, muros ou outras parcelas do imóvel. E, de resto, a inviolabilidade do domicí-

lio sempre poderá ser suprida pelo requerimento ao Tribunal Judicial de Gondomar para emissão de um mandado próprio.

5. Por outro lado, o incumprimento reiterado das intimações municipais para demolição não se vê que tenha justificado da parte da câmara municipal a participação ao Ministério Público, embora indiciada claramente a prática de um crime de desobediência. Trata-se, aliás, de um dever que incumbe aos eleitos locais e a todos os funcionários e agentes da Administração Pública.

6. De outro modo, pode contribuir-se indelevelmente para uma quebra na autoridade democrática do poder local e para um sentimento colectivo de impunidade das infracções urbanísticas.

7. Assim, pese embora o facto de ter determinado o arquivamento do processo, considerando as operações de polícia administrativa que se presume terem decorrido em 23.11.2004, entendi deve formular a presente nota de advertência a V. Ex.^a, sobretudo com vista à eventual reincidência do infractor.

R-1122/00

Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Vila do Conde

Assunto: Urbanismo – ambiente – vacaria – afastamentos – edificações habitacionais – Plano Director Municipal.

1. Analisados os antecedentes da situação, e verificando que a queixa que justificou a intervenção do Provedor de Justiça remonta a 2.03.2000, pondero que o tempo transcorrido se mostra suficiente para que da parte das autoridades municipais tivesse sido adoptada uma solução definitiva.

2. Com efeito, nada encontramos de particularmente complexo nem de especialmente imperioso que explique adequadamente o arrastamento deste assunto e as vicissitudes que o mesmo já conheceu, desde as objecções suscitadas quanto à execução da demolição ao ulterior reconhecimento da susceptibilidade de legalização.

3. E precisamente quanto à legalização – poder conferido à câmara municipal contanto que sejam satisfeitos os requisitos legais e regulamentares próprios – que devo manifestar algumas reservas.

4. A área em referência é classificada no Plano Director Municipal de Vila do Conde como zona de construção do tipo II, para onde no artigo 28.º, n.º 1, se admite, para além da edificação para habitação, outras utilizações.

5. Contudo, remete-se para a secção I do capítulo, em cujo artigo 18.º, n.º 1, alínea c), é exigido um afastamento mínimo de dez metros aos limites da parcela, garantindo uma faixa verde contínua de protecção, incluindo arborização, em toda a extensão da confinante.

6. Não resulta claro da anterior comunicação de V. Ex.^a o fundamento para não ser aplicada esta prescrição regulamentar, em benefício do disposto no artigo 29.º, n.º 2, vocacionado para utilizações não incómodas para terceiros.

7. Dignar-se-á V. Ex.^a informar-nos da distância entre a edificação reclamada – no ponto mais desfavorável – e, por um lado, a estrema da parcela, por outro, a edificação da munícipe Sr.^a. ...

8. Mais se agradece a remessa de cópia dos pareceres solicitados ao Delegado de Saúde e à Autoridade Veterinária, solicitados, pelo menos, desde 1.03.2004, e cujo teor se supõe venha a ser determinante para a ponderação acerca do cumprimento dos requisitos enunciados nos artigos 115.º e seguintes do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

R-1443/00

Assessor: Miguel Feldmann

Entidade visada: Associação Nacional dos Municípios Portugueses

Assunto: Urbanismo – ambiente – estabelecimentos de restauração e bebidas
– medidas de polícia administrativa – sanções administrativas.

1. Na apreciação de uma queixa relativa a uma situação concreta, a Câmara Municipal de Oeiras opôs que só a título de sanção acessória poderia ser determinado o encerramento do estabelecimento de restauração recla-

mado, o qual se encontrava em actividade sem possuir título adequado para o efeito. Com efeito, não dispunha de licença municipal para a prestação de serviços de restauração, emitido nos termos do regime de instalação e funcionamento de estabelecimentos de restauração e de bebidas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, nem tão-pouco de alvará sanitário ou de outro qualquer título válido, ao abrigo da legislação já revogada.

2. Tal entendimento ilustra exemplarmente a frequente confusão entre os conceitos de sanção administrativa e de medidas de polícia, levando as câmaras municipais a considerarem que, apenas nos termos e pelos fundamentos do direito contra-ordenacional, podem decretar o encerramento de estabelecimentos de restauração e bebidas não licenciados.

3. Determinou, assim, o Provedor de Justiça que se elaborasse informação evidenciando a questão acima identificada, para ulterior envio à Associação Nacional de Municípios Portugueses, com pedido de divulgação por todos os municípios seus associados.

4. De acordo com o estipulado no art. 38.º, n.º 1, alínea g), do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, prevê-se como ilícito contra-ordenacional:

5. “A utilização, directa ou indirecta, de edifício ou parte de edifício para a exploração de serviços de restauração ou de bebidas sem o respectivo alvará de licença ou de autorização de utilização para serviços de restauração ou de bebidas emitido nos termos do presente diploma ou de autorização de abertura emitida nos termos do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro, ou de legislação anterior, nos termos previstos no artigo 28.º”.

6. No art. 39.º, n.º 1, alínea c), do citado diploma estabelece-se que, com as coimas aplicadas pelas contra-ordenações previstas no art. 38.º, poderá ser imposta a sanção acessória de encerramento do estabelecimento.

7. Diversa natureza assume o poder de decretar a cessação da utilização das edificações ou fracções, quando sejam ocupadas sem a necessária licença ou autorização de utilização, previsto no art. 109.º, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que representa uma medida de polícia administrativa destinada a garantir a reintegração da legalidade.

8. Ora, esta distinção nem sempre é compreendida pelos órgãos autárquicos visados em processos instruídos na Provedoria de Justiça.

9. Importa, antes do mais, ter em conta que a instauração de processo de contra-ordenação prossegue uma finalidade essencialmente sancionatória.

10. A imposição de uma sanção acessória para além da típica sanção pecuniária (coima), visa reforçar a finalidade punitiva do procedimento contra-ordenacional, mas não constitui, por si só, meio de reintegração dos interesses públicos lesados.

11. Por outro lado, a aplicação da sanção acessória de encerramento (art. 39.º, n.º 1, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho) não se mostra apta a promover a reposição da legalidade urbanística infringida, tratando-se de estabelecimentos que se encontrem em actividade sem título legitimador.

12. Até porque, tendo esta sanção como duração máxima o período de dois anos ⁵⁶, permitir-se-ia, findo esse lapso de tempo, a reabertura do estabelecimento, subsistindo a irregularidade em que se baseara o procedimento contra-ordenacional: a falta de licença camarária para prestação de serviços de restauração e de bebidas.

13. Diferentemente, a determinação da cessação da utilização de edifícios ou de fracções cuja utilização não se encontre devidamente legitimada (art. 109.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro), constitui medida de polícia administrativa destinada a reintegrar a legalidade urbanística, os interesses públicos lesados e os interesses de terceiros radicados na garantia que lhes concede a autoridade municipal.

14. O efeito sancionatório desta medida, cuja função é fazer prevalecer a lei e os direitos e interesses que esta protege, mostra-se meramente reflexo, como reconhecem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA ⁵⁷ em anotação ao art. 272.º da Constituição da República Portuguesa: *“As medidas de polícia não se confundem com as chamadas sanções administrativas. Aquelas são fundamentalmente de carácter preventivo e mesmo quando assumem natureza repressiva (...) não revestem natureza sancionatória ou punitiva”*.

15. A este respeito, refira-se ainda o entendimento Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 489/89 (Diário da República, 2.ª Série, 01.02.1990): *“Numa sociedade organizada, a livre actividade dos particulares tem neces-*

⁵⁶ Art. 21, n.º 2, do regime geral das contra-ordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 443/82, de 27 de Outubro.

In Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição, Coimbra, 1993, pp. 956.

sariamente limites, que compete ao poder público traçar. Uma vez através de normas sancionadoras de certos comportamentos que merecem censura, outras através de normas tendentes a prevenir, a evitar que aquelas condutas se verifiquem. Nuns casos estamos perante o direito público sancionatório, noutros no domínio da polícia.”.

16. Conclui-se que, perante o funcionamento irregular de estabelecimentos de restauração e de bebidas, as câmaras municipais, para além de instauração de procedimentos de natureza contra-ordenacional, não se encontram impedidas de adoptar medidas de polícia administrativa.

17. Acresce que, destinando-se a licença camarária, ou autorização, para prestação de serviços de restauração e bebidas a verificar o cumprimento de regras em matéria de urbanização, segurança, salubridade e salvaguarda do ambiente, a sua ausência constitui infracção normativa e dos interesses públicos que justifica, por parte das câmaras, a tomada de providências destinadas a garantir o efectivo cumprimento da lei e o respeito pelos interesses em causa.

18. São fundamentalmente os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares – em especial, dos vizinhos deste tipo de estabelecimentos, mas também dos consumidores, seus utentes – que importam ao Provedor de Justiça. Apenas através de medidas de polícia administrativa é possível salvaguardar o interesse público e as situações jurídicas dos particulares directa ou indirectamente protegidas na sua esfera, como é próprio das chamadas relações jurídicas poligonais.

R-3102/00

Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Rio Maior

Assunto: Ambiente – estabelecimento de pastelaria – emissão de fumos e cheiros – utilização da fracção – estabelecimento de restauração – ilícito de mera ordenação social – medidas de polícia administrativa.

1. Conclui-se, das informações prestadas por V. Ex.^a, que o estabelecimento reclamado, apenas dispõe do alvará de licença sanitária n.º 34/85,

em 25.09.1985, para “pastelaria”. Contudo, presta também serviços de restauração.

2. Considera V. Ex.^a que, uma vez conferida a um estabelecimento licença sanitária para pastelaria, tal se mostraria suficiente para impedir o encerramento do local, não obstante o facto de este servir como restaurante.

3. Devo, pois, apresentar as nossas objecções ao entendimento de V. Ex.^a, no que concerne aos poderes municipais de encerramento coercivo dos estabelecimentos de bebidas que se encontrem afectos a fim diverso.

4. Da análise do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho ⁵⁸, e do Decreto Regulamentar n.º 38/97, de 25 de Setembro ⁵⁹, resulta que, embora possam, no mesmo estabelecimento, ser prestados, simultânea e cumulativamente, serviços de restauração e bebidas ⁶⁰, esta combinação importa a satisfação dos requisitos exigidos para cada um dos tipos e a obtenção de licença municipal de utilização que reconheça a conformidade ⁶¹.

5. O estabelecimento reclamado não dispõe de licença de utilização para restaurante e também faltam, ao que se sabe, elementos no processo que atestem o cumprimento – para a prestação do serviço de bebidas – das condicionantes impostas pelos diplomas legais referidos.

6. Por outro lado, de há muito que se encontra ultrapassado o prazo legal estabelecido para aferir tal conformidade ⁶², ou seja, o alvará da licença sanitária – emitido ao abrigo das instruções aprovadas pela Portaria n.º 6065, de 30 de Março de 1929 – não é mais suficiente para justificar a abertura ao público de uma pastelaria.

7. Observamos que a licença ou autorização de utilização para este tipo de estabelecimentos é expressamente equiparada, pelo art. 11.º do

⁵⁸ Aprovou o regime jurídico da instalação e funcionamento dos estabelecimentos de restauração ou de bebidas. Alterado pelo Decreto-Lei n.º 139/99, de 24 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 222/2000, de 9 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 9/2002, de 4 de Janeiro, e pelo Decreto-Lei n.º 57/2002, de 11 de Março.

⁵⁹ Regula a instalação e funcionamento dos estabelecimentos de restauração e bebidas, tendo sido alterado pelo Decreto Regulamentar n.º 4/99, de 1 de Abril.

⁶⁰ Serviços claramente diferenciados pelos artigos 23.º e 24.º do Decreto Regulamentar n.º 38/97, de 25 de Setembro.

⁶¹ V. art. 4.º do Decreto Regulamentar n.º 38/97, de 25 de Setembro.

⁶² V. art. 49.º, n.º 2, do citado Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, e, bem assim, art. 35.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 38/97, de 25 de Setembro.

Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, à licença ou autorização previstas no art. 62.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro ⁶³.

8. Tem como função, por conseguinte, controlar a conformidade da obra executada com o projecto aprovado ou, na falta de obras, controlar a adequação do estabelecimento ao uso previsto, para além de permitir sindicar o cumprimento das disposições regulamentares próprias da actividade a ser estabelecida: seja das que estipulam os requisitos das instalações, classificação e funcionamento dos estabelecimentos, seja das prescrições que ordenam a higiene e previnem contra os riscos de incêndio.

9. A ser assim, não vemos como possa prescindir-se da aplicação do regime contido no art. 109.º do mesmo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro (norma que sucede ao poder de decretar o despejo sumário das edificações ou suas fracções enunciado no art. 165.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas ⁶⁴): é o presidente da câmara municipal competente para ordenar e fixar prazo para a cessação da utilização de edifícios ou suas fracções autónomas, quando sejam ocupados sem a necessária licença ou autorização de utilização, ou quando estejam a ser afectos a fim diverso do previsto no respectivo alvará.

10. E é de par com esta determinação (e não se substituindo a ela), que se prevê, especificamente para a restauração e bebidas, no art. 39.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, o encerramento do estabelecimento como sanção acessória de coima aplicada pela infracção contra-ordenacional prevista no art. 38.º, n.º 1, alínea g): ocupação de edifício ou suas fracções autónomas sem autorização ou licença de utilização bastante para o fim a que se encontra destinado.

11. A aplicação da coima constitui uma sanção, mas por si não permite reintegrar a legalidade urbanística infringida. O encerramento como sanção acessória, embora reflexamente chegue a esse resultado, tem uma finalidade eminentemente punitiva: o estabelecimento sancionado manter-se-á encerrado ainda que reunisse ou pudesse vir a reunir os requisitos para abrir ao público. Por isso, ao cabo de dois anos, o estabelecimento poderá licita-

⁶³ Aprovou o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, tendo sido alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.

⁶⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951.

mente reabrir as suas portas ao público até que outra sanção acessória de encerramento venha a ser definitivamente aplicada (art. 21.º, n.º 2, do Regime Geral das Contra-ordenações ⁶⁵).

12. Esta sanção porém não se confunde com a medida de polícia administrativa inscrita no citado art. 109.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, a qual visa, a título principal, a reintegração da legalidade urbanística, do interesse público e dos interesses de terceiros radicados na garantia que lhes concede a autoridade municipal.

13. É no sentido da distinção entre sanções e medidas de polícia que GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, em anotação ao art. 272.º, da Constituição, observam que: “*As medidas de polícia não se confundem com as chamadas sanções administrativas. Aquelas são fundamentalmente de carácter preventivo e mesmo quando assumam natureza repressiva (...) não revestem natureza sancionatória ou punitiva.*” (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 956).

14. Se tomarmos o exemplo da demolição, no direito do urbanismo, melhor compreendemos que a aplicação de uma coima ao arguido não permite pôr termo ao perigo de ruína iminente, se for esse o caso, nem determina por si mesmo a correcção na volumetria de uma obra clandestina. Apenas a demolição – na falta de meio menos oneroso, mas igualmente adequado – permite restaurar os interesses públicos atingidos.

15. O sistema prevê, pois, que possa haver lugar à aplicação cumulativa de sanções e de medidas de polícia, como admite que, em certos casos, apenas seja aplicada sanção ou apenas sejam exercidos poderes simples de polícia administrativa.

16. E bem se compreende que seja assim, pois a natureza específica dos serviços prestados por este tipo de estabelecimentos obriga a uma especial garantia de adequação entre as condições do seu funcionamento e os requisitos legais e regulamentares impostos para defesa da saúde pública e protecção ambiental de terceiros, designadamente as condições de higiene e conservação das estruturas, instalações e equipamentos.

⁶⁵ Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

17. Daí, que não possa acompanhar o entendimento sufragado por V. Ex.^a, no sentido de que, neste caso, o encerramento só poderia ser determinado a título de sanção acessória, no termo de procedimento contra-ordenacional, e caso viesse a confirmar-se a valência de restauração, mesmo depois de concluído o processo de demolição das obras ali levadas a efeito sem licença municipal.

18. Concluímos, pois, em face dos elementos que constam do processo, encontrarem-se, há muito, preenchidos os pressupostos para ser ordenada a cessação da utilização, com base no já citado art. 109.º, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

A) Dignar-se-á, pois, V. Ex.^a pronunciar sobre o entendimento exposto quanto aos poderes de polícia administrativa a exercer pelas câmaras municipais sobre estabelecimentos de restauração não licenciados, em concreto, no que se reporta ao estabelecimento de pastelaria/restauração identificado.

B) Por outro lado, e dado o lapso de tempo entretanto decorrido, queira informar-nos do desenvolvimento que tenha conhecido o “*novo processo de contra-ordenação*” instaurado ao infractor, na sequência do arquivamento do processo contra-ordenacional n.º .../00, a que se fez referência no segundo parágrafo do ponto 3 do v/ ofício de 06.03.2003.

C) Por fim, queira esclarecer-nos se, tal como nos foi recentemente transmitido pela reclamante, as obras executadas no estabelecimento comprometem a estrutura do edifício: abertura de três vãos em parede mestra (porta, janela, e espaço para a instalação do equipamento de exaustão), caso em que, para além da determinação da demolição do edificado clandestinamente, mostrar-se-ia também necessário ordenar a reposição da situação anterior.

R-5942/01

Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Governador Civil do Distrito de Faro

Assunto: Ambiente – estabelecimentos de bebidas – centro histórico – ruído
– ordem pública – medidas de polícia administrativa.

1. Por via de comunicação de 25.06.2004, expuséramos a V. Ex.^a a situação de incomodidade imputada à exploração de diversos estabelecimentos de diversão no Centro Histórico de Lagos, com vista a caracterizar os riscos para a preservação da ordem e da tranquilidade pública e a disponibilidade para adoptar medidas restritivas.

2. Pronunciou-se V. Ex.^a, dando-nos conta da vigilância exercida pelas forças policiais e manifestando o entendimento de que a actuação policial se deveria confinar à fiscalização do horário de funcionamento dos estabelecimentos ruidosos e à instauração de autos de notícia por contra-ordenação. No mais, não se pronuncia V. Ex.^a sobre a adopção de medidas de polícia.

3. Informou-nos a Câmara Municipal de Lagos que a exploração dos estabelecimentos se encontra regularizada. O ruído proviria, essencialmente, da concentração de clientes na via pública, nas imediações dos estabelecimentos.

4. Por seu turno, os moradores vêm com maior insistência queixar-se do ruído nocturno e das privações no sono e na tranquilidade a que se vêm sujeitos diariamente.

5. E, de facto, o Comando da Polícia de Segurança Pública, já pelo ofício de 9.01.2004, cuja cópia V. Ex.^a nos remeteu, confirmava a incomodidade, reconhecendo, embora, que os estabelecimentos cumpriam, de um modo geral, os horários de encerramento.

6. Por conseguinte, compreenderá V. Ex.^a que insista a respeito do exercício das competências que lhe são atribuídas pelo disposto no artigo 48.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro.

7. Com efeito, pondero que apenas uma redução dos horários de abertura ao público possa antecipar o termo das concentrações de clientes na via pública.

8. É certo que, na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 310/2002, de 18 de Dezembro, foram suscitadas dúvidas sobre uma eventual revogação do citado artigo 48.º. Todavia, foram as mesmas dissipadas pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, ao emitir parecer sobre *“se a norma revogatória do art. 54.º do Decreto-Lei n.º 310/2002, de 18 de Dezembro, abrange o artigo 48.º do anexo do Decreto-Lei n.º 316/95, que prevê a aplicação pelo governador civil de determinadas medidas de polícia”*.

9. Em 2.03.2004, S. Ex.^a o Ministro da Administração Interna homologou o Parecer n.º 162/2003, emitido por aquele órgão consultivo, a pedido da Governadora Civil do Distrito de Lisboa, o qual conclui, de forma peremptória, pela vigência do art. 48.º daquele diploma, afirmando que a competência dos governadores civis para a aplicação de medidas de polícia em relação a salas de dança e estabelecimentos de bebidas não colide com as competências de licenciamento dos aludidos estabelecimentos a entidades diversas (Diário da República, II Série, n.º 74, 27.03.2004).

10. Se, por um lado, as câmaras municipais controlam a instalação dos estabelecimentos na perspectiva das atribuições de urbanismo, saúde pública e qualidade da oferta turística, por outro, permanecem intocadas as competências dos governadores civis para adoptarem as providências necessárias à preservação da ordem pública.

11. Em face do exposto, dignar-se-á V. Ex.^a emitir pronúncia sobre as razões que possam justificar o não exercício das medidas de polícia administrativa compreendidas no citado preceito.

R-2368/02

Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Inspector-Geral do Ambiente

Assunto: Ambiente – estação de tratamento de águas residuais – cheiros – descargas ilícitas – prevenção.

1. A Provedoria de Justiça apreciou várias queixas, apresentadas durante o ano de 2002 e renovadas, algumas delas, em 2003, a respeito do funcionamento da estação de tratamento de águas residuais de Beirolas, sita no Parque das Nações, por motivo da incomodidade sentida pelos moradores vizinhos, nomeadamente a exalação de cheiros.

2. Procedemos a averiguações junto da Simtejo – Saneamento Integrado dos Municípios do Tejo e Trancão, S.A., enquanto empresa concessionária do sistema multimunicipal de recolha, tratamento e rejeição de efluen-

tes na área das bacias hidrográficas dos municípios de Lisboa, Loures, Vila Franca de Xira, Amadora, Mafra e Odivelas.

3. Confirmaram-se os excessivos incómodos imputados à estação e observou-se, da parte da empresa visada a adopção das providências seguintes:

a. proibição do estacionamento de lamas no recinto da ETAR de Beirolas e imposição do seu transporte imediato para os destinos de valorização agrícola;

b. análise e estudo de caracterização das lamas para conhecimento exacto da sua constituição bioquímica, de modo a melhorar, para o futuro, as condições que assegurem, mais abreviadamente ainda o escoamento para fins agrícolas;

c. adjudicação e fornecimento – extensivo às demais ETAR da SIM-TEJO, de silos para depósito de lamas, com capacidade média para três dias de produção, aproximadamente, de modo a que o acondicionamento das lamas possua condições de segurança e estanquicidade, no próprio local da sua produção;

d. imediata remoção das lamas parquadas no recinto de Beirolas, o que se afirma ser praticado, desde 31.01.2003, seguindo-se a adequada recuperação paisagística do local;

e. tratamento preliminar e desidratação das lamas, completado pela beneficiação das zonas mais problemáticas, onde com alguma regularidade se assistia à exalação de cheiros com maior impacte;

f. abertura de um concurso público internacional para adjudicação da empreitada de construção de uma unidade destinada à secagem térmica das lamas;

g. substituição e regeneração do carvão activado próprio das estações elevatórias existentes no Parque das Nações.

4. A mesma concessionária, contudo, admitiria que, apesar dos esforços empreendidos e dos investimentos realizados e a realizar, continuam a ocorrer descargas ilícitas de efluentes. Ao que se supõe, provêm de unidades industriais estabelecidas na área servida pelo subsistema de Beirolas.

5. Estas descargas têm como consequência a anulação reiterada do processo biológico de tratamento das lamas, fazendo ressurgir a exalação de cheiros incómodos.

6. Os factos referidos são reveladores de alguma vulnerabilidade a que o sistema se encontra exposto, principalmente, por faltarem os meios próprios de segurança e fiscalização.

7. Independentemente da relevância contra-ordenacional e, porventura, criminal, da conduta ilícita de terceiros, o certo é que parece mostrar-se muito difícil à SIMTEJO prover à prevenção suficiente deste resultado.

8. Tendo presentes as competências próprias da Inspeção-Geral superiormente dirigida por V. Ex.^a, nomeadamente, as que constam do artigo 4.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *c*), do Decreto-Lei n.º 549/99, de 14 de Dezembro, e perante a elevada probabilidade de serem comprometidos investimentos públicos não despidiendos, entendi dar-lhe conta da situação e sugerir uma acção de fiscalização ao local e, porventura, aos demais pontos do sistema que se revelem especialmente vulneráveis.

9. Do mesmo passo, e em face dos progressos significativos alcançados na diminuição da incomodidade – e que alguns moradores, de resto, puderam registar – determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 31.º, alínea *c*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

R-2810/02

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Câmara Municipal de Albergaria-a-Velha – Vereador com o pelouro do Urbanismo.

Assunto: Urbanismo – obras particulares – implantação – operação de loteamento urbano – fiscalização.

1. Analisados os elementos remetidos por V. Ex.^a através do ofício de 14.10.2003, pudemos confirmar não ter sido cumprida a implantação definida nos alvarás de loteamento n.º 4/89 e n.º 7/91, facto que se julga dever ser imputado a um menor zelo no licenciamento da edificação dos muros e na fiscalização dos trabalhos.

2. Embora o desvio se deva, com elevada probabilidade, a erros de cartografia das plantas – e não à alienação de terrenos pelo município, como

●
●
●
Ambiente e recursos naturais...

vinha afirmado na queixa – cumpriria à câmara municipal prover pela rectificação de tais elementos quando do licenciamento.

3. Determinei, porém, o arquivamento do processo, depois de concluir que a questão controvertida não poderá ser definitivamente ultrapassada – entre ambos os proprietários – sem a intervenção dos tribunais comuns, meio para que encaminhei o reclamante.

R-2811/02

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal da Lourinhã

Assunto: Ambiente – ruído – emissão de fumos – estabelecimento de restauração e bebidas – esplanada – via pública.

1. Encontrando-se viabilizada, por parte da Câmara Municipal da Lourinhã, a fiscalização do ruído emitido para o exterior pelo estabelecimento reclamado, determinei o arquivamento do processo identificado.

2. Junto se remete cópia da elucidação, em cujo teor se expõem ao queixoso as razões do nosso entendimento.

3. Pondero, no entanto, que alguns aspectos pertinentes para a esfera das atribuições municipais não se encontrem ainda devidamente acautelados, para o que se solicita a melhor atenção de V. Ex.^a Referimo-nos, concretamente:

a. à questão das emissões de fumos, de modo a saber se o estabelecimento está, ou não, em condições de não apresentar projecto próprio (artigo 7.º e artigo 12.º, n.º 4 e n.º 5, do Decreto Regulamentar n.º 38/97, de 25 de Setembro, na redacção dada pelo Decreto Regulamentar n.º 4/99, de 1 de Abril);

b. à questão da regularidade da exploração de máquinas de diversão, para efeito da aplicação do disposto no artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro;

c. à questão da esplanada, pois, pese embora o facto de a câmara municipal ter instaurado procedimento contra-ordenacional, importará ver tomada posição acerca da subsistência daquele equipamento.

R-3028/02

Assessor: Isabel Canto *

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Sintra

Assunto: Urbanismo – loteamento – condições – licença de obras de edificação.

1. Sobre o assunto sumariamente descrito em epígrafe, objecto de reclamação e de prévia audição de V. Ex.^a foram produzidas as conclusões preliminares que constam do parecer n.º 30/IC/2004, cujo teor obteve a minha aprovação.

2. Dignar-se-à V. Ex.^a pronunciar acerca do teor do mesmo que se remete como anexo e informar das providências que julgue por bem adoptar.

Anexo: Informação n.º 30/IC/2004

1. Veio requerida a intervenção do Provedor de Justiça, por apontada desconformidade entre as imposições constantes do alvará de loteamento n.º .../2000, de 8 de Maio (... Albarraque), e as licenças de construção que titularam as obras de edificação promovidas nos Lotes 1 e 2 que resultaram daquela operação urbanística.

2. Chamada a Câmara Municipal de Sintra a pronunciar-se quanto aos fundamentos da reclamação, veio sustentar a validade das licenças de construção postas em crise, defendendo a sua conformidade com as prescrições contidas no alvará de loteamento.

3. Isto porque entende de desprezar o número de pisos a construir abaixo da cota de soleira (+1 para cada lote), e o acréscimo de área de cons-

* Com a colaboração do Arquitecto Olavo Dias.

trução permitidos pelas licenças de construção, apelando, neste particular, para o limite de tolerância de 3% sobre o autorizado pelo alvará de loteamento ⁶⁶.

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

4. O alvará de loteamento (n.º 9/2000, de 8 de Maio) prevê a edificação ⁶⁷:

- a) no Lote 1 – de moradia unifamiliar de 2 pisos, com a área de construção de 303m²;
- b) no Lote 2 – de moradia unifamiliar de 2 pisos, com a área de construção de 417m².

5. Os alvarás de licença de construção prevêem:

- a) para o Lote 1 – edifício destinado à habitação, com 1 fogo, 3 pisos (2 acima e 1 abaixo da cota de soleira), e área de construção de 391m² – alvará de licença de construção n.º 137/2002, de 15.03.2000 ⁶⁸;
- b) para o Lote 2 – edifício destinado à habitação, com 1 fogo, 3 pisos (2 acima e 1 abaixo da cota de soleira), e área de construção de 455,9m² – alvará de licença de construção n.º 136/2002, de 15.03.2002 ⁶⁹.

6. Dúvidas, pois, não restam, que os alvarás de licença de construção prevêem, comparativamente ao alvará de loteamento, a edificação de mais 1 piso em cave, para ambos os lotes, a par do aumento da área permitida para a construção em 88m² (+29%) para o Lote 1 e 38,9m² (+9,3%) para o Lote 2.

7. Verifica-se, da análise dos projectos de arquitectura juntos aos autos ⁷⁰:

- a) a área bruta em cave prevista no projecto de arquitectura que integra o processo de licenciamento da construção a desenvolver no

⁶⁶ Cfr. ofício de 16.02.2003, em especial § 8 e segs., fls. 70 a 72.

⁶⁷ fls. 94 a 98.

⁶⁸ fls. 99.

⁶⁹ fls. 100.

⁷⁰ Cfr. ofício de 19.05.2004, fls. 114 a 122.

Lote 1, é de 114,19m², dos quais 80,7m², correspondem ao espaço destinado a garagem ⁷¹, estando o remanescente ocupado por uma pequena instalação sanitária, zona de circulação e comunicação vertical, e área de arrumos.

Observa-se, ainda, que esta cave apresenta um pé-direito livre com cerca 2,20m, inferior, portanto, ao valor mínimo admitido pelo art. 65.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951 (RGEU), para espaço destinado à habitação;

- b) a área bruta em cave prevista no projecto de arquitectura que integra o processo de licenciamento da construção a desenvolver no Lote 2 é de 102,50m², e destina-se a sala de jogos, pequena instalação sanitária e zona de circulação e comunicação vertical.

Observa-se, ainda, que esta cave apresenta um pé-direito livre com cerca 2,40m, observando, portanto, o valor mínimo admitido pelo art. 65.º, n.º 1 do RGEU para espaço destinado à habitação.

8. São conhecidas as vantagens da solução de estacionamento em cave, acolhida pela licença de construção concedida para o Lote 1, por esta se mostrar mais adequada a assegurar o estacionamento em boas condições, minorando, assim, o impacte decorrente da guarda e da circulação de veículos, contribuindo para o acréscimo da segurança e comodidade públicas.

9. Nesta esteira, tem vindo a moderna doutrina urbanística a defender a construção em cave, destinada a este tipo de utilização, pelas inúmeras vantagens ao nível do aproveitamento de espaço e do menor impacte visual que essa opção propicia.

10. Daí, que tenha vindo o legislador a considerar, no art. 7.º, alínea c), do Decreto Regulamentar n.º 63/91, de 29 de Novembro ⁷², que para efeitos do cálculo do índice de construção, não será utilizado o valor da área a construir abaixo da cota de soleira, se esta se destinar exclusivamente a esta-

⁷¹ O valor de 72,20m² inscrito no desenho de fls. 122, com a legenda “garagem”, respeita à área útil de garagem (excluída a espessura das paredes).

⁷² Regulamenta o processo de instrução dos pedidos de licenciamento de operações de loteamento de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, diploma em vigor à data da aprovação da operação urbanística de loteamento.

cionamento e o contrário não esteja previsto em plano municipal de ordenamento do território.

11. Acolhendo esta tendência, veio o Regulamento do Plano Director Municipal de Sintra ⁷³ a exceptuar, para efeitos do cálculo do índice de construção, a área de estacionamento coberto, sempre que se situe abaixo da cota de soleira – art. 2.º, n.º 3, alínea f).

12. Isto, aliás, em consonância com o prescrito noutros regulamentos de planos directores municipais ⁷⁴.

13. Sufragando esta solução, apresenta a Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, uma definição de área de construção nos seguintes termos: “*valor numérico expresso em m², resultando do somatório das áreas brutas de todos os pavimentos, acima e abaixo do solo, medida pelo extradorso das paredes exteriores, com exclusão de: sótãos não habitáveis, garagens quando localizadas em cave, áreas técnicas (...), e de galerias exteriores públicas, arruamentos e outros espaços livres de uso público cobertos pela edificação*” ⁷⁵⁻⁷⁶.

14. Entendemos, nesta esteira, que na ausência de norma de planeamento territorial, válida à data da aprovação das licenças de construção, que o impedisse, pode tomar-se por referência o entendimento que vem sendo comumente aceite, no sentido da exclusão, para o cálculo da área de construção, do espaço destinado ao estacionamento abaixo da cota de soleira.

15. Concluímos, pois, que para o efeito que agora importa, poderá desprezar-se, no que respeita ao Lote 1, a área situada em cave que se destina a garagem.

16. Deduzido esse valor (80,7m²) ao da área de construção admitida pela licença de construção (391m²), resulta de tal exercício a conclusão de que

⁷³ Ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 116/99, de 4 de Outubro.

⁷⁴ Salienta-se a este propósito o que consta do art. 2.º, n.º 3, alínea b) do Regulamento do Plano Director Municipal de Cascais, ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 96/97, de 19, de Junho; art. 7.º do Regulamento do Plano Director Municipal de Lisboa, ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/94, de 29 de Setembro; legenda do anexo I, a propósito do índice de utilização bruta máximo, do Regulamento do Plano Director Municipal de Oeiras, ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/94, de 22 de Março.

⁷⁵ Indicadores e Parâmetros Urbanísticos Fundamentais em Instrumentos de Planeamento, Hipólito Bettencourt e outros, DGOTDU, 1996, pag. 18.

⁷⁶ Sublinhados nossos.

a área construtiva contabilizável para os efeitos que agora importam é de 310,3 m² ou seja, superior em 7,3 m² ao admitido pelo alvará de loteamento – valor que se contém na variação de 3% ⁷⁷ a que alude o art. 27.º, n.º 8 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro ⁷⁸, em vigor à data da aprovação do pedido de licenciamento da construção.

17. Não se descortinam, todavia, argumentos que justifiquem igual entendimento no que ao aumento da área, consentida para a construção, em cave, de espaço destinado, no essencial, a sala de jogos, diz respeito – referimo-nos à licença de construção emitida para o Lote 2, quando comparada com as prescrições determinadas, neste particular, pelo alvará de loteamento.

18. O facto de a referida licença de construção contender com o disposto no alvará de loteamento acarreta a nulidade do acto administrativo que decidiu sobre o pedido de licenciamento da construção – art. 68.º, alínea a), do RJUE.

19. A este propósito, importa, todavia, lembrar, o que PEDRO GONÇALVES e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, em estudo dedicado à nulidade dos actos de gestão urbanística ⁷⁹, *maxime* das licenças, defendem quanto os efeitos do acto nulo:

«O princípio da improdutividade jurídica dos efeitos típicos do acto não elimina (...) toda a sua produtividade, já que não se trata apenas de uma aparência de acto administrativo. E isto é particularmente evidente quando os actos administrativos em causa são actos de gestão urbanística que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas pois, ao abrigo deles, mesmo que nulos, tais operações podem consolidar-se efectivamente: podem ser operações de loteamento e respectivas obras de urbanização que se efectivam, construções que se edificam e que se consolidam, passando a ser utilizadas pelos titulares das respectivas licenças ou por terceiros adquirentes.»

⁷⁷ 303m² x 3% = 9,09m².

⁷⁸ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.

⁷⁹ *O regime da nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas*, in Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, 1999 (2), p. 17.

20. Seguindo, no essencial, este entendimento, também admitimos que os actos nulos, embora não possam ser ratificados, reformados nem convertidos (art. 137, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo) podem ser objecto de redução (figura prevista no art. 292.º do Código Civil para os negócios jurídicos e que permite salvaguardar a parte não viciada).

21. Pelo atrás exposto, entendemos, que no que concerne às obras promovidas a coberto das licenças de construção postas em crise (n.º 137/2002, de 5 de Março – Lote 1 – e n.º 136/2002, de 15 de Março – Lote 2), deverá a Câmara Municipal de Sintra propugnar pela tomada das medidas necessárias à reintegração da legalidade urbanística.

Para o efeito:

a. quanto ao Lote 1

bastará simples deliberação da câmara municipal, que altere a disciplina do alvará de loteamento, por forma a prever a variação da área de construção admitida em sede de licenciamento da construção – art. 27.º, n.º 8 do RJUE;

b. quanto ao Lote 2

torna-se necessária a alteração da disciplina contida no alvará de loteamento em causa, prevendo o aumento da área de construção em valor que contenha o aprovado em sede de licenciamento da construção, recorrendo-se, para o efeito, ao procedimento descrito no art. 27.º, n.ºs 1 a 7 do RJUE.

Ou,

Caso tal alteração não se mostre viável ⁸⁰ deverá ser ordenada, pela Câmara Municipal de Sintra, a redução da licença de construção por forma a conformar-se com os parâmetros de ocupação definidos pelo alvará de loteamento.

22. Faz-se notar que a situação em apreço poderá fazer incorrer o município na obrigação de indemnizar os lesados pelo prejuízo que lhes causou em consequência da decisão objecto de reparo, tal qual se prevê no art. 70.º do citado RJUE.

⁸⁰ V.g. por falta de impulso do interessado, por se observar a impossibilidade de obter o consentimento dos demais proprietários dos lotes, por aquela solução de ocupação se revelar contrária ao disposto em plano de ordenamento territorial.

Proposta

23. Julgamos que se justificaria advertir a Câmara Municipal de Sintra da invalidade do actos de licenciamento das construções a implantar nos Lote 1 e Lote 2, tituladas pelos alvarás de licença de construção n.ºs ..., respectivamente, e consequente necessidade de reintegração da legalidade urbanística (lançando mão dos procedimentos atrás delineados). Para o efeito, sugere-se a formulação de recomendação, se outro meio não vier a ser superiormente considerado como mais adequado.

R-3109/02

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Secretário de Estado das Obras Públicas

Assunto: Ordenamento do território – ambiente – tráfego rodoviário – transporte de combustíveis – aglomerado urbano – ruído – vibrações – segurança.

1. Sobre os prejuízos e inconvenientes para a segurança dos moradores de Porto Brandão, por trânsito de pesados de transporte de combustíveis, e reclamados ao Provedor de Justiça, dispomos da pronúncia emitida por V. Ex.^a e transmitida pelo Chefe de Gabinete, através de ofício.

2. Ouvimos, bem assim, a Administração do Porto de Lisboa, SA, e a Câmara Municipal de Almada.

3. Conclui-se não ter simplesmente sido cumprido o protocolo de 30.09.1999, celebrado entre a referida APL, SA, o município de Almada e as sociedades que, no local, operam nos terminais de combustíveis– SHELL, PETROGAL e E.T.C..

4. Ao que parece, a primeira das operadoras terá recusado assumir a parcela dos encargos que fora convencionada e a segunda terá obstado à remoção de um determinado viaduto existente nas instalações que utiliza.

5. Como tal, não veio a ser executado o arruamento marginal que ligaria a povoação da Banática à de Porto Brandão, apesar de existir projecto para o efeito, elaborado pela APL, SA.

6. Pela mesma ordem de motivos, não se executaram as obras de reordenamento do Largo da SHELL nem foram desactivados e transferidos os estaleiros do Porto Brandão, convertendo-se as instalações, como fora previsto, em infra-estruturas de apoio a actividades náuticas de recreio.

7. Tão-pouco foram realocizados os tanques de combustível nem construída a ilha de abastecimentos convencionada para as instalações exploradas pela PETROGAL.

8. Ao que parece, apenas o município de Almada terá cumprido as obrigações assumidas, abrindo o arruamento de ligação das instalações da E.T.C. à estrada nacional n.º 377-1, em Costas de Cão.

9. A APL, SA, reavaliara a situação em Setembro de 2001, tendo proposto a S. Ex.^a o Secretário de Estado da Administração Marítima e Portuária que se avançasse com a construção da via marginal de emergência denominada Petrogal/Banática.

10. De resto, parece não serem de esperar avanços significativos, não se prevendo, para mais, no plano de investimentos 2003/2005, da APL, SA, verbas destinadas ao cumprimento do acordo.

11. Naturalmente que as prioridades a definir pelo Governo são de ordem política, não podendo nem devendo o Provedor de Justiça, cingido à apreciação jurídica e ética das questões, pronunciar-se acerca do seu mérito.

12. Mas é meu dever assinalar – o que faço com elevada preocupação – o arrastamento sucessivo de um conjunto de medidas para o local, sem as quais os moradores do Porto Brandão não vêm garantido o mínimo de qualidade de vida a que têm direito.

13. O trânsito intenso de veículos pesados de combustíveis através das ruas da localidade, como reconhecerá V. Ex.^a, não se compadece com as modernas condições ambientais e de segurança de pessoas e bens.

14. A Provedoria de Justiça vem acompanhando esta situação desde 1994 e aguardou com expectativa os resultados do Relatório da Comissão para o Reordenamento dos Tráfegos Rodo-Fluviais de Combustíveis Líquidos do Porto Brandão e Banática, constituída pelo Despacho Conjunto n.º 18/97, dos Ministros da Defesa Nacional, do Equipamento, Planeamento e Administração do Território, da Economia e do Ambiente.

15. Com a celebração do protocolo referido, em 30.09.1999, parecia não mais se justificar que o Provedor de Justiça mantivesse o acompanha-

mento activo que, ao longo dos tempos, concedeu ao assunto, interpelando as várias entidades responsáveis.

16. Todavia, as reclamações ressurgiriam e, como bem se vê, justificadamente. Há designadamente queixa de fissuras apresentadas no interior das edificações e das continuadas trepidações causadas pelos veículos pesados que atravessam a localidade a um ritmo extremamente intenso, como poderá V. Ex.^a confirmar no teor do relatório aprovado pela citada comissão interministerial.

17. Poderá V. Ex.^a retorquir-me que a definição das prioridades neste domínio obedece a contingências muito complexas, ao que não são alheias as condições financeiras do momento e o retrocesso dos parceiros privados, tudo impedindo, de momento, a execução do citado protocolo.

18. E obviamente terei de aceitar as explicações dadas por V. Ex.^a, até porque, como fiz notar, as tomadas de posição deste órgão do Estado têm como fundamento e limite os citados parâmetros normativos.

19. Contudo, o Provedor de Justiça conserva, ainda assim, um dever perante os cidadãos que apelam à sua intervenção: o de chamar e continuar a chamar a atenção para o que considera ser uma situação, não apenas de injustiça, como de significativos riscos ambientais e de segurança.

É fundamentalmente este o sentido da minha intervenção junto de V. Ex.^a, pedindo que me informe sobre as perspectivas de evolução, ainda que não tão abreviadas como a todos seria legítimo desejar.

R-3253/02

Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Directora Regional de Economia do Norte

Assunto: Ambiente – ruído – emissão de poeiras – unidade industrial – corte de mármore – interrupção do fornecimento de energia eléctrica – recurso hierárquico facultativo – efeito meramente devolutivo.

1. Através de comunicação, transmitiu-nos o Director de Serviços de Indústria e Recursos Geológicos que determinara V. Ex.^a a interrupção do for-

necimento de energia eléctrica à unidade industrial reclamada, com base no art. 19.º, do Decreto-Lei n.º 69/2003, de 10 de Abril.

2. O reclamante, porém, viria em 11.03.2004, requerer novamente a intervenção do Provedor de Justiça, arguindo que a actividade industrial continuava a ser desenvolvida.

3. Informalmente, obtivemos esclarecimento junto dos serviços superiormente dirigidos por V. Ex.^a que a execução do aludido despacho fora entretanto suspensa, porque teria sido interposto recurso hierárquico da decisão.

4. Ora, tudo aponta para que o recurso interposto seja facultativo, como é de regra hoje no contencioso administrativo, motivo por que se não alcança o fundamento para a suspensão.

5. Na verdade, resulta expressamente do art. 170.º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo, que o recurso hierárquico facultativo não suspende a eficácia do acto recorrido.

6. Em face do exposto, e porque reconhecidamente a laboração industrial reclamada é lesiva do interesse público e dos direitos ambientais protegidos na sua esfera, dignar-se-á V. Ex.^a ponderar a revisão do entendimento descrito, na eventualidade de este se confirmar.

7. Ulteriormente, viria a ser contraditada a posição adoptada pelo órgão reclamado, nos seguintes termos:

8. Recorrido hierarquicamente o despacho que ordenou a interrupção do fornecimento de energia eléctrica ao estabelecimento reclamado, considerou o Director de Serviços de Indústria e Recursos Geológicos ficar suspensa a eficácia do acto, uma vez que se trataria de recurso hierárquico necessário (artigo 16.º, do Decreto-Lei n.º 69/2003, de 10 de Abril).

9. Com efeito, o recurso hierárquico, quando necessário, suspende a eficácia do acto recorrido, a menos que o autor do acto considere que a sua não execução imediata cause grave prejuízo ao interesse público (artigo 170.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo).

10. Contudo, não se vê como possa – no caso em questão – ter deixado de ser exercida esta última faculdade, quando se reconheceu que a unidade industrial é fonte de inconvenientes ambientais, prossegue a sua actividade, não dispõe de licença nem tão-pouco se dispôs a exhibir certidão de localização.

11. O interesse público protegido pelo licenciamento da actividade industrial compreende certamente a protecção da qualidade de vida e a pre-

servação dos recursos naturais contra as formas abusivas e ilegítimas da sua exploração.

12. A situação reclamada não parece, pois, reduzir-se à preterição de uma mera formalidade por parte do industrial, em que do incumprimento da lei não se descortine imediatamente uma grave lesão para o interesse público.

13. Por outro lado, não se explica o motivo por que é considerado tal recurso hierárquico como necessário, quando o Código do Processo nos Tribunais Administrativos abandonou o esgotamento das vias de recurso hierárquico como pressuposto da impugnação contenciosa dos actos administrativos.

14. Na verdade, o que a utilização dos meios de impugnação administrativa produz é a suspensão do prazo para a propositura da acção administrativa especial (artigo 59.º, n.º 4) sem embargo de o interessado poder lançar mão deste meio na pendência do recurso hierárquico interposto.

15. É certo que no artigo 16.º do citado Regime do Licenciamento Industrial se faz alusão ao recurso hierárquico como necessário, mas não pode porém esta norma ser desligada do alcance que produziu a entrada em vigor do Código do Processo nos Tribunais Administrativos em 1.01.2004.

16. Esta norma partia do pressuposto que a regra no direito processual administrativo era da chamada definitividade vertical enunciada no artigo 25.º, n.º 1, da Lei do Processo nos Tribunais Administrativos.

17. E por isso, limitava-se a reproduzir aquilo que, todavia, já decorria do Código do Procedimento Administrativo (artigo 170.º, n.º 1): sendo o recurso hierárquico necessário, estar-lhe-ia atribuído efeito suspensivo.

18. Mas este pressuposto foi radicalmente alterado. É preciso, hoje, que a lei substantiva expressamente qualifique o recurso hierárquico de certos actos como *conditio sine qua non* para a impugnação judicial. Não basta, como se faz, no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 69/2003, aludir ao recurso hierárquico necessário. É preciso afirmá-lo.

19. Até porque há-de reconhecer-se que o pressuposto da definitividade vertical dos actos administrativos constitui uma restrição ao direito de acesso à jurisdição administrativa, direito que é tratado constitucionalmente como análogo aos direitos, liberdades e garantias.

20. Por conseguinte, as restrições que o legislador entenda por bem fixar-lhe terão de ser expressas, em conformidade com o disposto no artigo 18.º, n.º 2 (CRP), pois têm de partir dos casos expressamente previstos na Constituição.

21. Para este sentido aponta MARIO AROSO DE ALMEIDA, quando escreve:

*“As decisões administrativas continuam, no entanto, a estar sujeitas a impugnação administrativa necessária nos casos em que isso esteja expressamente previsto na lei, em resultado de uma opção consciente e deliberada do legislador, quando este a considere justificada.”*⁸¹

22. Importaria, pois, a bem da completa elucidação da questão que nos esclarecesse V. Ex.^a se pretende manter reconhecido o efeito suspensivo ao recurso hierárquico interposto, se este porventura já foi objecto de decisão ou se constitui entendimento de V. Ex.^a constituir a laboração continuada grave lesão para o interesse público protegido pelo licenciamento industrial.

R-3703/02

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Santo Tirso

Assunto: Urbanismo – obras particulares – demolição – cessação da utilização – dever de decisão.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a foi, novamente, solicitada a intervenção deste órgão do Estado devido à omissão da demolição coerciva do imóvel.

2. Tendo presente que as medidas a adoptar, nos termos do ofício referido, são consentâneas com a resolução dos problemas objecto da queixa apresentada a este órgão do Estado, determinei o arquivamento do processo.

3. Todavia, caso não venha a ser este, em tempo razoável, o resultado da intervenção adoptada não estranhará V. Ex.^a que o processo venha a ser reaberto e promovidas novas diligências.

⁸¹ “O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos. Coimbra, 2003, p. 123”

4. Devo fazer notar que, atenta a demora na regularização da situação por parte do infractor, poder-se-ia justificar a adopção de medidas mais eficazes, nomeadamente a ordem de cessação de utilização do imóvel devido à ausência da necessária licença de utilização – art. 109.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na versão alterada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.

5. A omissão das medidas necessárias potenciou, naturalmente, a inércia do particular infractor. É a inércia dos serviços municipais, em face destas questões, gera, nos infractores, um sentimento colectivo de impunidade que potencia a reincidência destes comportamentos, à revelia do legalmente prescrito, de forma tal que se diluem as responsabilidades e se quebra colectivamente o sentido do dever de obediência para com as autoridades municipais.

6. Não posso ainda deixar de notar que a câmara municipal, perante a queixa apresentada pelo impetrante, omitiu o dever de decidir, consagrado no art. 9.º do Código do Procedimento Administrativo. Esta situação deveria ser objecto de ponderação por V. Ex.^a por forma a não ocorrer novamente.

R-3843/02

Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Presidente da Junta de Freguesia de Colares

Assunto: Ordenamento do território – área protegida – pavimentação de caminho – condicionantes.

1. Em 27.11.2002, foi-me apresentada queixa, sobre a qual foi organizado e instruído o processo R-3843/02 (A1), onde é descrito um conjunto de operações urbanísticas ilegais executadas na Azóia, Freguesia de Colares.

2. Tais operações, empreendidas por dois indivíduos, identificados no processo, em prédio rústico adquirido por um deles, diz-se assumir especial gravidade por lesarem interesses públicos ambientais muito significativos,

uma vez que se trata de espaço de protecção qualificada dentro do Parque Natural de Sintra-Cascais, em zona declivosa e compreendida no domínio hídrico.

3. Numa área edificada que o reclamante estima em cerca de 1.000 m², os reclamados particulares teriam vindo a construir, desde 1998, um conjunto articulado de edificações, algumas, encimadas por torreões, procurando um efeito de réplica aproximada do *Convento da Arrábida*.

4. Opõe que se trata de um logro histórico, por jamais ter existido no local convento algum, afirmando louvar-se no testemunho de especialistas.

5. De par com estas operações, teriam sido executadas infra-estruturas hidráulicas, desviado o curso de uma linha de água e construídos pontões.

6. Acrescia a abertura de uma estrada na encosta sem prévio controlo algum por parte das autoridades administrativas competentes e a expansão da área edificada para terrenos alegadamente baldios.

7. O conjunto edificado, vem sendo explorado como empreendimento turístico, com prestação de serviços de hospedagem largamente difundida em publicações da especialidade, em jornais e revistas e na *internet*. O denominado *Convento de S. Saturnino* apresentar-se-ia, de resto, como unidade de turismo de habitação sem que a classificação própria jamais lhe tivesse sido reconhecida.

8. Junto da Câmara Municipal de Sintra recensearam-se os elementos tidos por necessários a avaliar os fundamentos da reclamação.

9. Estes vieram a ser complementados pelos recolhidos na sequência de visita realizada ao local, em 12.08.2004, na qual esteve representado o Provedor de Justiça, a Comissão Directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais a Câmara Municipal de Sintra e V. Ex.^a, Senhor Presidente da Junta de Freguesia de Colares.

10. Concluiu-se, que mau grado as providências de polícia administrativa adoptadas, tanto no domínio sancionatório (ilícito criminal e ilícito de mera ordenação social) – pela Câmara Municipal de Sintra de par com o Parque Natural de Sintra-Cascais – como também no domínio da reintegração dos interesses públicos lesados (embargo das operações) – pela Câmara Municipal de Sintra, estas não se mostraram suficientes para sustentar o avanço das obras com os prejuízos ambientais já conhecidos.

11. Na citada visita viria V. Ex.^a a admitir ter a sua autarquia, em 1999, empreendido a abertura do caminho que permite o acesso ao denomi-

nado *Convento*, mas apenas até ao miradouro que o precede, esclarecendo ter sido despendida a quantia de Esc. 300.000\$00, para o efeito.

12. Trata-se de um caminho coberto por *tout-venant* e que se verificou não ser utilizado apenas por hóspedes da unidade reclamada. Por sinal, quando da visita encontravam-se turistas em circulação pelo referido caminho sem destino ao denominado *Convento*.

13. Importa, todavia, que V. Ex.^a tenha em especial atenção o seguinte:

a. A obra, naturalmente, deveria ter obtido autorização do Parque Natural, constituindo facto ilícito (artigo 11.º, n.º 1, do plano de ordenamento aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 9/94, de 11 de Março) e punível com coima;

b. Contudo, pondero que não se encontre absolutamente interdita a legalização dos trabalhos de pavimentação do caminho – até porque o novo plano de ordenamento reduziu a intensidade da protecção na área – e, não sendo caso disso, haverá de proceder-se à reconstituição da situação originária.

14. Considero, assim, que deveria V. Ex.^a ter usado de maior zelo no fomento ao referido caminho, bem sabendo das estritas condições de conservação da paisagem e da natureza na área do Parque Natural.

15. Compreenderá V. Ex.^a, em face do exposto, que não me abstenha de adverti-lo para a necessidade de requerer, quanto antes, a legalização dos trabalhos de pavimentação, por forma a que venha a ser reintegrada a legalidade urbanística violada.

16. Pondero que a presente chamada de atenção, formulada ao abrigo dos poderes que me foram cometidos pelo art. 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, possa contribuir, construtivamente, para a melhoria da qualidade dos serviços e aperfeiçoamento da acção administrativa – objectivo assinalado no art. 21.º, n.º 1, alínea *c*) do mesmo diploma legal, à missão do Provedor de Justiça.

17. Certo de que Ex.^a se absterá de ulteriores actuações desta mesma natureza, julgo não se justificar a adopção de outras medidas por parte deste órgão do Estado.

Entidade visada: Parque Natural de Sintra-Cascais (Instituto de Conservação da Natureza)

Assunto: Ordenamento do território – área protegida – obras de recuperação – obras de reconstrução – medidas de polícia administrativa.

No essencial, as motivações da chamada de atenção formulada ao Director do Parque Natural de Sintra-Cascais encontram-se reproduzidas na exposição de motivos da Recomendação n.º 13/A/2004, endereçada ao Presidente da Câmara Municipal de Sintra⁸². Reproduz-se, neste passo, aquilo que, a título principal, diz respeito à actuação do Parque Natural.

(...) **Comissão Directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais**

1. Este órgão foi confrontado, em 1998, com um requerimento apresentado pelo proprietário, Sr. ..., de informação para a execução de obras de restauro, acompanhado por fotografias do existente. Em 30.06.1998, comunica à câmara o seu parecer, afirmando tratar-se de área prioritária para a conservação da natureza de protecção total: *«a proposta de recuperação deverá assentar somente sobre os edifícios devidamente legalizados e descritos em caderneta predial, não sendo admissível qualquer aumento da área de implantação/construção»*.

2. Dois anos depois, a comissão directiva emite novo parecer, desta vez, desfavorável a um novo pedido de licenciamento de obras, apresentado em 30.03.2000, com vista a um aumento de área de implantação/construção.

3. Julga-se que, em face do primeiro pedido de parecer, houvesse o Parque Natural, através dos seus serviços, procedido a um imediato levantamento do existente. Uma vez que, solicitado o seu parecer, relativamente a

⁸² V. supra.

obras de restauro, adoptou uma posição favorável, embora condicionada, mostrava-se avisado – de modo a que não restassem dúvidas para o futuro – recensear exaustivamente as primitivas edificações.

4. De todo o modo, não se exclui que o Parque Natural tenha em seu poder levantamentos por fotografia aérea ou outros meios que lhe permitam descrever o que existia no prédio rústico antes de 1998.

5. Ulteriormente, a Comissão Directiva do Parque Natural instaurou dois procedimentos contra-ordenacionais ao arguido Sr. ... (proc.º 15/2002/PNSC e proc.º 28/2002/PNSC), do que foi dado conhecimento às autoridades municipais.

6. O primeiro, por construção de edifícios, alargamento e betonagem de uma estrada. O segundo, por construção de pilares de apoio, para implantação de um portão na via de acesso à propriedade.

7. E de ambos veio a resultar a condenação do arguido no pagamento de coimas, segundo informações prestadas por V. Ex.^a na citada visita ao local realizada em 12.08.2004.

8. Considero, assim, que o Parque Natural, embora aplicando o pertinente direito sancionatório, não cuidou até à presente data da reintegração da legalidade infringida e dos interesses públicos lesados, podendo, nomeadamente, ordenar a reposição da situação anterior à infracção (artigos 18.º, n.º 3, alínea e), e 25.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro), bem sabendo que com o segundo parecer, porque desfavorável, não poderiam as operações urbanísticas vir a ser licenciadas pela Câmara Municipal de Sintra.

9. Expôs V. Ex.^a, no decurso daquele acto inspectivo, que a gestão do Parque Natural se concentrou, nos anos de 2002 e seguintes, quase exclusivamente, nas questões da revisão do plano de ordenamento e no conhecido problema da Praia do Abano, em Cascais. Considerou ser prioridade sua resolver a questão do denominado “*Convento de S. Saturnino*”.

10. Sem prejuízo das atribuições municipais, os órgãos das áreas protegidas dispõem de poderes próprios de fiscalização e da reintegração da legalidade, não podendo limitar-se a um papel consultivo na emissão de pareceres, muito em particular, quando verifiquem que, nas suas áreas de jurisdição as autarquias locais não adoptam prontamente as medidas necessárias.

(E)
Conclusões

I – Tudo visto, deve concluir-se o seguinte:

- a) No local da obra reclamada encontravam-se, embora arruinadas, quatro antigas azenhas, junto da linha de água (Rio Touro);
- b) As obras executadas – com substancial alteração e ampliação do existente – não permitem estabelecer identidade alguma com a situação originária;
- c) Tais obras revelam-se insusceptíveis de legalização por não preencherem nem poderem vir a preencher os pressupostos e requisitos enunciados no Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais (2004);
- d) Apenas a reposição no estado originário permite a reintegração dos interesses públicos lesados (urbanismo e conservação da natureza);
- e) As autoridades municipais encontram-se vinculadas a ordenar a demolição e a reposição do local no seu estado originário, assim como a Comissão Directiva do Parque Natural;
- f) E, por se tratar de exercício de um poder vinculado, não há lugar à ponderação que o princípio da proporcionalidade reclamaria sobre a margem de discricionariedade;
- g) A unidade turística encontra-se indevidamente instalada, não podendo manter-se aberta ao público,
- h) Pois não está nem se encontra em condições de vir estar licenciada a sua utilização.

II – Compreenderá V. Ex.^a em face do exposto, que não me abstenha de registar o que esta situação possa representar na perspectiva da autoridade do Parque Natural de Sintra-Cascais, lamentando que apesar do extenso rol dos antecedentes descritos ainda não tenham sido adoptadas as medidas adequadas à protecção dos interesses de conservação da natureza que justificam a área protegida.

III – Não excludo que as acções ilícitas verificadas no local possam representar a perda irremediável dos bens naturais que justificaram o enten-

dimento de que à zona devia ser conferida especial protecção, integrando-a no Parque Natural.

IV – Mas um tal juízo de prognose não pode alimentar justificação alguma para o facto consumado, sob pena de, no futuro, outras situações poderem vir a encontrar no *Convento de S. Saturnino* um insólito, mas nem por isso irrelevante precedente.

V – Constitui meu firme propósito, Senhor Presidente, que a presente comunicação possa contribuir construtivamente para a melhoria da qualidade dos serviços e aperfeiçoamento da acção administrativa – objectivo assinalado na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (art. 21.º, n.º 1, alínea c)), à missão do Provedor de Justiça – obstando à repetição de situações com a gravidade da que foi, aqui observada.

VI – Concretamente, solicito de V. Ex.^a que desenvolva a mais estreita coordenação de esforços com a Câmara Municipal de Sintra, a quem formulei uma recomendação, no sentido de ser ordenada a imediata cessação da utilização e a reposição do terreno no seu estado originário.

VII – Aliás, nada impede V. Ex.^a que determine a adopção desta última providência em concomitância com o acto municipal, o que reforçará decerto a reintegração da legalidade.

VIII – No mais, queira V. Ex.^a ponderar, a pensar em casos futuros, num levantamento quantitativo e qualitativo das preexistências verificadas na área do Parque Natural, uma vez que a extensão e caracterização destas constituem pressuposto essencial das operações edificatórias permitidas. Sem um tal instrumento, não vemos como possa o Parque Natural prosseguir plenamente as superiores atribuições que lhe estão confiadas.

IX – Mais informo V. Ex.^a que de todo o processo dei conhecimento a Sua Excelência o Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território.

R-3844/02

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Guimarães

Assunto: Ambiente – segurança – depósito de garrafas de gás – privilégio da execução prévia – remoção.

1. Por meio de anteriores intervenções junto de V. Ex.^a (ofício de 24 de Setembro p.p., ofício de 9 de Março p.p.) procurou este órgão do Estado transmitir a sua preocupação com a situação reclamada e divisar os instrumentos facultados pela lei às autoridades municipais aptos a fazer prevalecer o interesse público na segurança contra os riscos de incêndio e de explosões.

2. No essencial, entendemos justificar-se uma correcta precisão do designado privilégio da execução prévia: as autoridades administrativas podem executar e fazer executar as suas decisões sem necessidade de uma prévia autorização judicial (artigos 149.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo).

3. E esse poder de executar e de fazer executar convola-se, por vezes, num dever – se a afirmação da prevalência do interesse público é indispensável para a garantia de direitos e interesses protegidos a cargo da Administração, então, impõe-se aos órgãos administrativos competentes prover à execução coactiva.

4. A crescente complexidade das questões ambientais, principalmente no quadro da segurança de pessoas e bens, veio mostrar que a designação desta prerrogativa – privilégio – é cada vez mais desajustada, na medida em que, não raro, se assume como um dever.

5. Entendeu, porém, o legislador abrir mão deste princípio no plano das contra-ordenações, reconhecendo efeito suspensivo ao recurso judicial das decisões adoptadas, o que se deve, porventura, à estreita ligação entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito penal.

6. Contudo, estamos aqui perante sanções. O interesse público, todavia, não pode compadecer-se com o efeito que as sanções venham a produzir nos agentes infractores.

7. Por conseguinte, a ordem jurídica – umas vezes melhor e em outras de pior modo – dotou a Administração Pública de poderes de polícia administrativa que se traduzem em medidas susceptíveis de execução coactiva – o embargo, a ordem de demolição, o encerramento de estabelecimentos, o despejo administrativo.

8. Embora socialmente possam ser vistas como sancionatórias, estas medidas, na verdade, têm por escopo reintegrar, e de imediato, os interesses públicos lesados ou em grave risco.

9. Opõe-nos V. Ex.^a que, no caso concreto que aqui nos ocupa, o lesado terá interposto recurso judicial da decisão que o condenara no pagamento de uma coima, o que precludiria, da parte de V. Ex.^a outra qualquer intervenção.

10. Como reconhecerá, ganham oportunidade as considerações que acabámos de expor: a aplicação de uma coima não esgota a intervenção da Administração Pública, embora possa infundir no agente a alteração do comportamento ilícito.

11. Na verdade, só a adopção de medidas de polícia administrativa permite eficazmente – e em concomitância – salvaguardar a ordem pública e a segurança de pessoas e bens, na parcela que cumpre às autoridades municipais proteger.

12. Vejamos, pois, onde pode socorrer-se o interesse público para se afirmar e destarte garantir os direitos e interesses legítimos de terceiros.

13. Verificamos ter já sido publicada a portaria que concretiza o Decreto-Lei n.º 267/2002, de 26 de Novembro. Trata-se da Portaria n.º 1188/2003, de 10 de Outubro.

14. No artigo 2.º daquele Decreto-Lei ficam compreendidas todas as instalações de armazenamento de produtos derivados do petróleo, líquidos ou liquefeitos, como se afirma no artigo 3.º, alínea e).

15. A expressão local parece não deixar dúvidas quanto à sua extensão: inclui, não apenas as edificações, como outras formas de armazenagem.

16. As instalações de armazenagem compreendem os parques de garrafas, pois subsumem-se à expressão qualquer área destinada ao armazenamento de garrafas de GPL (gás petróleo liquefeito) com a finalidade de constituírem reservas comerciais. O seu licenciamento, por conseguinte, é da competência das câmaras municipais (artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 267/2002).

17. Ao que nos informa V. Ex.^a, o reclamado particular terá removido as garrafas depositadas no solo para o interior de um veículo de transporte, procurando furtar-se à previsão legal.

18. Mas, de todo e qualquer modo, o seu comportamento não é lícito: de acordo com o Regulamento Nacional do Transporte de Mercadorias Perigosas por Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 267-A/2003, de 27 de Outubro, os veículos que transportam mercadorias perigosas têm de ser guardados à vista ou estacionar, sem guarda à vista, em depósito ou nas dependências de uma fábrica que ofereça todas as garantias de segurança.

19. Excepcionalmente podem ser estacionados em lugar aberto, mas com observância de um conjunto de requisitos.

20. Só podem ser estacionados em espaço livre desde que este se revele apropriado, afastado das grandes estradas públicas e dos locais de habitação e que, por regra, não sirva de local de passagem ou de reunião, desde que não se mostre possível o estacionamento em parque vigiado por guarda e que as condições salvaguardem o risco contra o embate por outros veículos (capítulo 8.4., do Anexo I).

21. Ora, este Decreto-Lei n.º 267-A/2003 não podia justamente ser mais claro na distinção entre a aplicação de sanções e a adopção de medidas de polícia administrativa.

22. Com efeito, dispõe-se no artigo 15.º, literalmente, o seguinte:

1 – Independentemente da aplicação das sanções previstas no artigo 13.º, sempre que ocorra risco para a segurança do transporte, da circulação ou das populações, os veículos são imobilizados pela autoridade fiscalizadora no próprio local ou num outro designado por essa autoridade, não podendo voltar a circular enquanto não estiverem conformes com a regulamentação.

23. Tanto as forças de segurança (PSP e GNR) como a Direcção-Geral de Viação e a Inspeção-Geral das Actividades Económicas dispõem aqui de poderes de fiscalização (artigo 11.º), pelo que se justificará solicitar a sua intervenção.

24. Dignar-se-á V. Ex.^a informar-nos da sequência concedida ao presente expediente e, bem assim, do mais houver V. Ex.^a por conveniente, a respeito do assunto.

R-3911/02

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Vice-Presidente do Instituto das Estradas de Portugal
Assunto: Ambiente – tráfego rodoviário – ruído.

1. Através da comunicação referenciada, dá-se conta de terem sido promovidas diligências com vista ao estudo do ruído no troço rodoviário em questão.

2. Esta medida permitirá dar cumprimento ao disposto no art. 15.º do Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro, permitindo a elaboração de um plano de monitorização e contenção do ruído.

3. Admitindo que estas medidas possam vir a ultrapassar a situação reclamada ao Provedor de Justiça, determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no art. 31.º, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

4. Informei porém o queixoso de que poderemos retomar a nossa intervenção, na hipótese de, em tempo razoável, não serem adoptadas quaisquer providências.

R-4006/02

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Espinho

Assunto: Urbanismo – obras particulares – ilegalidade – demolição – privilégio da execução prévia – execução coactiva.

1. Pela comunicação de ... informou-nos V. Ex.^a e que iria adoptar as diligências adequadas para ordenar a demolição do alpendre reclamado.

2. Verifico, contudo, que esta terá sido a informação prestada por essa câmara municipal em 16.03.1995, a coberto do ofício de 18.04.1995.

3. Terá sido, aliás, ordenada a demolição da obra reclamada, por despacho de V. Ex.^a, datado de 20.03.1995.

4. Em 29.01.1996, mediante o ofício de 29.01.1996, e na sequência da reabertura do processo R-133/95, informou V. Ex.^a que já teriam sido iniciados os procedimentos tendentes às demolições devidas.

5. Assim, não se compreende porque não terá sido concluído aquele procedimento e terá sido iniciado um novo. Por este motivo, reiteram-se as questões colocadas no nosso ofício de 17.03.2003, ponto 3, alíneas a), b), c), que permanecem sem qualquer resposta.

6. Deve V. Ex.^a ter presente que a abstenção no exercício do poder sancionatório devido gera, nos infractores, um sentimento colectivo de impunidade que potencia a reincidência destes comportamentos, à revelia do legalmente prescrito, de forma tal que se diluem as responsabilidades e se quebra colectivamente o sentido do dever de obediência para com as autoridades municipais.

7. Por fim, queira V. Ex.^a informar se a câmara municipal pondera executar coactivamente a demolição, a expensas do infractor, caso este não a venha a executar voluntariamente. Em caso negativo, queira explicitar os motivos que possam obstar a tal operação.

P-16/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Alvito

Assunto: Ordenamento do território – Reserva Agrícola Nacional – utilização não agrícola – carência sócio-económica – derrogação – intransmissibilidade.

Na sequência dos esclarecimentos prestados por V. Ex.^a, a coberto de ofício e das informações obtidas junto da Comissão Regional de Reserva Agrícola do Alentejo, dignar-se-á V. Ex.^a ponderar as considerações que vão seguidamente enunciadas:

1. Revela-se neste processo, como em outros, alguma vulnerabilidade do Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional (RAN), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Julho.

2. Esta constatação, de par com a situação do pedido de utilização não agrícola de parcela terreno integrada na RAN, formulado por, fizeram sentir a necessidade de realizar um conjunto de inspecções a todas as comissões regionais de reserva agrícola nacional, assim como ao Conselho Nacional, estando a ser ultimadas as conclusões ali alcançadas.

3. Estas diligências poderão implicar, inclusivamente, a formulação de sugestões legislativas, com vista à alteração do regime jurídico da RAN.

4. Por seu turno, da análise daquele caso concreto, foi possível indiciar a nulidade do acto de licenciamento da construção requerida por ..., tendo presente que o parecer emitido pela comissão regional da RAN é nominal, não se transmitindo os seus efeitos com a alienação do terreno, consequência esta que a câmara municipal a que V. Ex.^a preside parece abster-se de aplicar.

5. Opõe que estaria vinculada ao pedido de informação prévia e que não teve presente o carácter nominal do parecer favorável da Comissão Regional da RAN.

6. Ademais, a alienação do imóvel ter-se-ia verificado na fase inicial do pedido de licenciamento, mas poderia ter ocorrido depois de a edificação se encontrar construída, desconhecendo qualquer mecanismo que a impeça nesta fase.

7. Afirma ainda que o adquirente do terreno se dedica à exploração agrícola, pelo que, se fosse este a requerer a autorização à comissão regional, o pedido seria concedido.

8. Informa que não terá havido da parte da câmara municipal intenção alguma de parcialidade no tratamento da questão, mas apenas desconhecimento da norma, cujo teor aponta inequivocamente para que a autorização deste tipo de pedidos seja nominal.

9. Deste conjunto de afirmações aflora o que julgamos constituírem alguns equívocos.

10. Com efeito, o pedido de informação prévia incide sobre os condicionamentos urbanísticos e demais condicionamentos que limitam ou restringem a utilização do terreno. Da deliberação da câmara municipal, deverá constar obrigatoriamente a indicação das entidades cujos pareceres condicionam a licença e dos prazos legais para a respectiva emissão.

11. A informação prévia é constitutiva de direitos e vinculativa para um eventual pedido de licenciamento, desde que este seja apresentado no prazo de um ano, contado da data da sua comunicação ao requerente.

12. Contudo, a deliberação favorável é vinculativa com os limites que lhe forem assinalados ou que resultem directamente da lei.

13. Ora, resulta claramente da redacção da alínea c) do n.º 2 do art. 9.º do Regime Jurídico da RAN que o parecer favorável das comissões regionais de reserva agrícola para a utilização de solos classificados é deliberado em função da situação pessoal de cada um dos requerentes no que diz

respeito ao requisito de “*extrema necessidade sem alternativa viável para a obtenção de habitação condigna*”.

14. Este requisito só pode ser apreciado em face de cada caso concreto e perante as contingências socio-económicas do requerente, o que impede um pedido em favor de terceiro a nomear. Tão-pouco o parecer favorável se transmite com o imóvel, como se fosse uma mais-valia, sob pena de evidente fraude à lei.

15. Assim, face à limitação *intuitu personae* do parecer favorável da comissão regional, a câmara municipal não poderia assumir como vinculativo o pedido de informação prévia apresentado por outrem que não o requerente do licenciamento do pedido de construção.

16. Neste caso, o pedido de licenciamento de construção necessitaria, ele próprio, de ser sujeito a novo parecer da comissão regional.

17. Naturalmente, este requerente terá outra situação pessoal face ao requisito acima referido.

18. Por outro lado, também não creio relevar, para este efeito, que o requerente do pedido de licenciamento de construção se dedique à exploração agrícola, assumindo-se que, por este motivo, o seu pedido junto da comissão regional seria igualmente deferido.

19. Em primeiro lugar não cabe à câmara municipal conjecturar sobre a aplicação do direito ao caso concreto no âmbito do exercício de uma competência alheia, prognosticando como certa uma determinada deliberação.

20. O pedido de parecer favorável dirigido à comissão regional é sempre obrigatório, não podendo a câmara municipal substituir-se na sua apreciação. De resto, não basta ser agricultor para beneficiar da derrogação contida no artigo 9.º, n.º 2, alínea b).

21. Em segundo lugar, para efeitos da aplicação da alínea c), do n.º 2, do art. 9.º, bem ou mal, o legislador entendeu que seria irrelevante a actividade exercida pelo requerente. O que apenas releva é o facto do requerente ser proprietário, pretender construir uma habitação para utilização própria e exclusiva dos seus familiares e encontrar-se em situação de extrema necessidade sem alternativa viável para a obtenção de habitação condigna.

22. Isto, não esquecendo que da construção não podem resultar inconvenientes para os interesses tutelados pelo Regime Jurídico da RAN, os quais podem inviabilizar a autorização derrogatória.

23. O facto de a câmara municipal, em contradição com a intenção de não declarar a nulidade do acto de licenciamento, assumir que não teve presente o carácter nominal do parecer emitido pela comissão regional é agravado pela declaração subsequente onde se assume o desconhecimento da norma legal que rege esta matéria.

24. Com efeito, se o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém (segundo o princípio geral enunciado no art. 6.º do Código Civil), não poderá, por maioria de razão, desculpabilizar a actuação de uma entidade que, dada a sua natureza, se encontra especialmente vinculada ao seu cumprimento.

25. Assim, não posso deixar de advertir V. Ex.^a para a necessidade da adopção de um maior rigor na interpretação e aplicação da lei, de modo a prosseguir o interesse público.

26. Se, quanto aos efeitos legais da preterição do parecer favorável da RAN é irrelevante a boa ou má fé do aplicador do direito também será, por maioria de razão, a falta de meios técnicos ou humanos adequados ao cumprimento das atribuições de uma autarquia local.

27. Se, porventura, não há possibilidade de contratação de técnicos para integração no quadro de pessoal desse município devido, nomeadamente, à desertificação que tanto caracteriza o interior alentejano, sempre poderão as câmaras municipais celebrar contratos de prestação de serviços com entidades externas que julguem idóneas ou valerem-se do apoio jurídico prestado pelas comissões de coordenação e desenvolvimento regional.

28. O desempenho parcial das atribuições municipais não pode, nestes termos, ser imputado a factores organizacionais ou outros, sob pena de total preterição do princípio da legalidade e da prossecução do interesse público.

29. Por fim, é de reconhecer, com V. Ex.^a, que a limitação legal acima exposta deixa de existir, caso o requerente junto da comissão regional edifique a moradia e a venha, posteriormente, a alienar. Esta situação, controversa e extremamente criticável, apenas poderá ser resolvida por alteração legislativa.

30. Todavia, mais uma vez, não pode servir de argumento para a preterição de uma norma legal vigente.

31. No mais, toda a restante fundamentação da deliberação da câmara municipal não permite justificar a intenção de não declarar nulo o acto de licenciamento de construção em clara violação do Regime Jurídico da RAN.

32. Por seu turno, a Comissão Regional da Reserva Agrícola do Alentejo, ouvida sobre as medidas a adoptar perante a nulidade daquele acto informou que irá averiguar a situação, junto da câmara municipal, e, caso os esclarecimentos prestados permitam concluir pelo incumprimento do Regime Jurídico da RAN será participada à Inspeção-Geral de Administração do Território, de acordo com o prescrito no art. 37.º do Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Junho.

33. Esta entidade tem, naturalmente, competência para intervir, quer no que diz respeito à actuação da câmara municipal e dos seus representantes, quer no que diz respeito ao acto praticado, comunicando a sua ilegalidade ao Ministério Público para efeitos de eventual declaração judicial de nulidade.

34. A adopção desta posição pela comissão regional da RAN, justifica a cessação da intervenção da Provedoria de Justiça, sendo ainda de ressaltar, como positiva, a intenção de V. Ex.^a impedir futuras situações idênticas.

35. Caso seja do seu interesse, poderá solicitar o envio das conclusões obtidas nas inspeções supra mencionadas.

R-92/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Sesimbra

Assunto: Urbanismo – propriedade privada – Plano Director Municipal – condicionantes de uso do solo – expropriação pelo sacrifício – responsabilidade civil extracontratual – prejuízo especial.

I

1. Por ofício de 15.12.2003, solicitáramos a V. Ex.^a a pronúncia sobre algumas questões relativas à situação reclamada e já anteriormente descrita.

2. Trata-se de verificar que, de há longa data, para a parcela de terreno particular identificada está prevista a edificação escolar, com o que os proprietários se vêem impedidos de lhe conceder outro uso, sem que, por seu turno, o terreno seja adquirido – negocial ou ablativamente – por parte das

autoridades administrativas a quem se encontra atribuída a tarefa de construir edificações escolares.

3. Julgo que esta caracterização não levanta reservas nem objecções da parte de V. Ex.^a. O ponto em aberto é precisamente o de saber da medida em que a posição de desvantagem em que se encontram os proprietários é ou não injusta.

4. Temos presente a resposta facultada por V. Ex.^a, através da comunicação referenciada, e cujo teor não pode deixar de justificar algumas observações.

5. Antes de mais, não se vê como possa retirar-se ou sequer ventilar-se das nossas comunicações qualquer possível infracção ao disposto no art. 11.º do Plano Director Municipal, sobre cuja disposição se reserva a área em questão ao referido uso colectivo.

6. Decerto não seria a Provedoria de Justiça a apontar o caminho da ilegalidade. A insistir nesse ponto, importaria que V. Ex.^a deixasse claro de onde perpassa tal entendimento.

7. Ora, como já afirmei, a questão está precisamente em reconhecer que a situação reclamada não se limita simplesmente à alternativa entre cumprir ou não cumprir o disposto no art. 11.º do Plano Director Municipal.

8. Se tal norma representa um impedimento para os proprietários, ela representa, não menos, uma responsabilidade para o município ao ter assumido a reserva da área como localização futura de um equipamento escolar.

9. Não foram os proprietários que, no seu interesse, reclamaram do município a definição do uso previsto para o prédio em questão, o qual afasta todo e qualquer aproveitamento útil em solo urbano.

10. A afirmação peremptória de que não pretende o município de Sesimbra tomar, a curto ou a médio prazo, qualquer iniciativa sobre o terreno, essa sim, só pode significar uma de duas coisas.

11. Ou que o município de Sesimbra não está em condições de executar o Plano Director Municipal que aprovou ou então não foi diligente na sua preparação, subordinando os proprietários de um terreno a sacrifícios inúteis, injustos e desiguais perante os proprietários de outros solos urbanos não reservados para equipamentos colectivos.

Num caso ou noutro, queira V. Ex.^a explicar como pode o município deixar de responder civilmente pelos prejuízos que vem causando aos proprietários da parcela de terreno identificada, nos termos e para os efeitos do disposto no Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967?

II

1. Poderá, no entanto, ponderar-se num meio que o Estatuto das Estradas Nacionais⁸³ e o Regulamento das Estradas e Caminhos Municipais⁸⁴ encontraram como meio de obviar ao arrastamento de situações semelhantes em que o imóvel nem é expropriado nem o proprietário dele pode retirar utilidade alguma. Pelo contrário, tem ainda de suportar encargos tributários e despesas de conservação.

2. Nos referidos diplomas, admite-se que a servidão imposta por motivo de uma concreta utilidade pública, por período superior a três anos, dê lugar a indemnização «pelos prejuízos directa e necessariamente resultantes de ela ter sido e continuar reservada para expropriações» (art. 165.º, § 1.º, do Regulamento das Estradas e Caminhos Municipais).

3. E mais. Prevê-se que no caso de o impedimento se prolongar por mais de cinco anos, o proprietário possa então exigir a expropriação (§ 2.º).

4. Na medida em que estas disposições legais constituem uma importante garantia do direito de propriedade privada e que a sua consagração constitucional, por via do art. 62.º, não esgota outros direitos fundamentais resultantes da lei (art. 16.º, n.º 1, da Constituição) parece avisado retirar dos preceitos citados uma vocação expansiva do seu âmbito de aplicação.

Não seria de admitir, pois, a aplicação analógica de tais normas ao caso vertente, como fundamento para ser requerida ao Governo a declaração de utilidade pública da parcela de terreno identificada?

III

1. Se, chegados a este ponto, verificamos encontrar-se, de todo em todo, inviabilizada qualquer iniciativa municipal, então é legítimo perguntar: por que motivo o município de Sesimbra preserva a parcela em causa reservada a um fim que não está em condições de prosseguir, nem a curto nem a médio prazo.

⁸³ Lei n.º 2037, de 19 de Agosto de 1949.

⁸⁴ Lei n.º 2110, de 19 de Agosto de 1961.

2. Com efeito, a execução dos instrumentos de gestão territorial é *prima facie* um dever municipal, pelos meios que se prevêem nos artigos 118.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, na sua actual redacção.

Se, confessadamente, a reserva deste terreno foi além das contingências onde podia fundar-se a intervenção municipal, como se explica que a Câmara Municipal de Sesimbra deixe de promover a revisão do PDM, no ponto em questão, até com base específica no art. 93.º, n.º 3, e porventura através de procedimento simplificado (art. 97.º, n.º 1, alínea e)).

IV

1. No tocante à via pública que atravessa a parcela de terreno, opõe V. Ex.^a ter resultado de um acordo verbal, através do qual, se bem entendo, os proprietários terão cedido gratuitamente o seu prédio para o efeito.

2. A este propósito não restam dúvidas a partir da aplicação dos artigos 220.º, 875.º e 947.º, n.º 1, do Código Civil, bem como da aplicação do art. 80.º, n.º 1, do Código do Notariado.

Como os acordos verbais não constituem título válido para justificar a transmissão de imóveis, queira V. Ex.^a fazer prova da aquisição.

V

1. Uma última palavra é justificada pelo entendimento de que a informação prestada e solicitada, neste processo, se afigura a V. Ex.^a abundante. Não estou certo de que assim seja. E como é a nós que nos cumpre aquilatar da suficiência ou insuficiência da informação solicitada ou prestada, o que poderia parecer menor correcção institucional da parte de V. Ex.^a fica apenas registado como expressão de constrangimento pessoal ⁸⁵.

⁸⁵ É justo reconhecer que a Câmara Municipal de Sesimbra se mostra, de um modo geral solícita e diligente na colaboração para com este órgão do Estado, como o atestam os processos R-3855/00 (empreendimento Mar da Califórnia) e R-2125/97 (segurança e salubridade da Rua ...). Contudo, não seria tão afirmativo como V. Ex.^a quanto ao sistemático cumprimento do dever de colaboração, pois, há registo pretérito – mas não distante – de atrasos superior-

2. Como bem vê, a celeridade que a Provedoria de Justiça tem procurado imprimir ao andamento deste processo é exactamente a mesma que sempre nos moveu perante toda e qualquer reclamação ou queixa que justifique averiguações da parte deste órgão do Estado.

3. Conhecendo V. Ex.^a a natureza simplesmente persuasiva da intervenção do Provedor de Justiça e o modo informal como a lei disciplina a sua actividade, este tipo de considerações só podem ser vistos como escassez de melhores razões para contrapor à ponderação que o assunto parece justificar – de modo objectivo, imparcial e cordial.

Não me restando dúvida alguma de que é exclusivamente o propósito de V. Ex.^a contribuir para uma avaliação justa, ponderada e célere da situação reclamada, aguardo de V. Ex.^a uma pronta pronúncia acerca das questões enunciadas.

Ulteriormente, e na sequência das objecções deduzidas pelo órgão visado, veio o Provedor de Justiça a retorquir, nos termos que se reproduzem e de onde resultaria posteriormente um acordo de princípio entre a reclamante e o município por mediação da Provedoria de Justiça.

Tenho presente o teor da comunicação de V. Ex.^a que recebemos em 16.06.2004 e do seu teor observo manter inalterado o entendimento de que a situação reclamada não justifica quaisquer especiais providências da parte do município de Sesimbra.

Permita-me, Senhor Presidente, interpelá-lo numa outra perspectiva e em breves palavras: Considera V. Ex.^a justo que um proprietário se veja absolutamente privado de aproveitar um terreno que lhe pertence, esperando indefinidamente pela expropriação para ser indemnizado? Não concordará comigo em como se trata de antecipar os efeitos da expropriação, com excepção da justa indemnização a que o particular teria direito?

A reconhecer V. Ex.^a, pelo menos, a injustiça do sacrifício imposto, pondero que se mostre útil a realização de uma reunião a ter lugar entre quem

res a quatro meses, na resposta, por exemplo, aos processos R-2731/01 (depósito de sucata, na Carrasqueira, Castelo), R-2504/01 (moradores da Rua ...) e R-5225/00 (construção em Casais da Azóia, Castelo). Outro tanto poderá V. Ex.^a reconhecer quanto à linearidade das informações prestadas nos processos R-147/99 (suinicultura no Casal ..., Caixas) e R-2220/00 (licenciamento de uma churrasqueira em edifício habitacional, Edifício ...) e que estiveram na origem de porfiadas diligências.

V. Ex.^a entendesse por bem representá-lo, os meus colaboradores incumbidos da apreciação do assunto e o mandatário da proprietária.

Queira V. Ex.^a transmitir-nos o seu entendimento sobre a proposta formulada.

R-990/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Valongo

Assunto: Urbanismo – alteração ao uso – comércio – restauração e bebidas – legitimidade – prova – propriedade horizontal – venda de bebidas alcoólicas – zonas de interdição em redor de edifícios escolares – regulamento municipal – omissão.

1. Tendo presente o teor dos esclarecimentos prestados na última comunicação, conclui-se não ter sido exigida prova da autorização do condómino para a alteração ao uso da fracção que apenas se encontrava licenciada para fins comerciais.

2. Como esta questão, porém, apenas poderia ter sido apreciada nos oito dias subsequentes à apresentação do pedido de licenciamento, esgotado este prazo, o pedido considerar-se-ia instruído, para efeitos do disposto no art. 16.º do Regime do Licenciamento Municipal de Obras Particulares (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro).

3. E ainda que se entendesse ter esta preterição atingido a validade da licença de utilização, o certo é que se encontraria transcorrido o prazo para a sua revogação por ilegalidade (art. 141.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo).

4. Não posso porém deixar de fazer notar que o pedido deveria ter sido indeferido liminarmente, por não se encontrar suficiente demonstrada a legitimidade do requerente, enquanto não se provasse a autorização dos demais condóminos.

5. Com efeito, a alteração ao uso pode representar alterações ao título constitutivo da propriedade horizontal (art. 1418.º, n.º 3, do Código Civil). Renovo, pois, as considerações formuladas através do nosso ofício de 5.08.2003.

6. Pondero, pois, justificar-se para o futuro a revisão do procedimento adoptado na Câmara Municipal de Valongo.

7. E justifica-se tanto mais quanto o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (repblicado com o Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho) aponta de modo mais inequívoco para esse sentido.

8. Assim, no art. 11.º, n.º 6, dispõe-se que o presidente da câmara municipal deve conhecer, a todo o momento, até à decisão final, de qualquer questão que prejudique o normal desenvolvimento do procedimento ou que impeça a tomada de posição acerca do objecto do pedido, designadamente a falta de legitimidade do requerente.

Dignar-se-á V. Ex.^a informar-nos se pretende instruir os serviços em sentido conforme com a conferência da legitimidade do requerente de licença/autorização para alterar o uso em fracção por reporte à disciplina jurídica da propriedade horizontal.

9. E não posso deixar de advertir, bem assim, contra a não previsão pela Câmara Municipal de Valongo das área de protecção a estabelecimentos escolares para efeito da venda de bebidas alcoólicas.

10. Dados os termos do disposto no art. 2.º-A, do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, aditado pelo Decreto-Lei n.º 9/2002, de 24 de Janeiro, esta omissão compromete a sua exequibilidade e perpetua situações de risco para as comunidades escolares.

11. Dignar-se-á V. Ex.^a informar-nos para quando se prevê a delimitação das áreas de protecção aos edifícios escolares, de modo a interditar a venda de bebidas alcoólicas dentro dos respectivos limites.

R-1316/03

Assessor: Miguel Feldmann

Entidade visada: Instituto das Estradas de Portugal

Assunto: Expropriação por utilidade pública – posse administrativa – depósito prévio – pressupostos.

1. Esteve sob apreciação deste órgão do Estado um processo organizado com base em reclamação que visava o Instituto das Estradas de Portugal, arguindo-se que, no âmbito de procedimento expropriatório, fora tomada

posse administrativa da parcela identificada sem que procedesse ao depósito prévio previsto art. 20.º, n.º 1, alínea *b*) do Código das Expropriações (Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro).

2. De acordo com os esclarecimentos prestados em 16.07.2003, por meio de ofício, a tomada de posse administrativa da parcela, com efeito, não fora precedida daquele depósito por não se dispor da completa identificação do expropriado nem de certidão do registo predial ou de matriz predial actualizadas.

3. Ocorreria, assim, a excepção prevista no art. 20.º, n.º 5, alínea *b*), do Código das Expropriações, que dispensa o depósito prévio se os expropriados e demais interessados não forem conhecidos ou houver dúvidas sobre a titularidade dos direitos afectados.

4. Pondero, no entanto, não ser de aplicar tal excepção ao caso em concreto, uma vez que proprietário do imóvel se encontrava adequadamente identificado e, bem assim, os direitos que lhe assistiam sobre a parcela expropriada.

5. De resto, e como nos esclareceram V. Ex.^{as}, decorriam negociações com o expropriado no sentido de ser alcançado acordo a respeito do montante indemnizatório, o que não seria viável na circunstância de se verificarem os factos previstos art. 20.º, n.º 5, alínea *b*), do citado Código.

6. Em face do exposto, e advertindo contra futuras situações análogas, não podemos deixar de transmitir a V. Ex.^a que o nosso entendimento de que a conduta do Instituto das Estradas de Portugal se revelou indevida.

7. Ultrapassada a questão controvertida, resta-nos comunicar o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 31.º, alínea *c*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça) e agradecer a cooperação dispensada à intervenção deste órgão do Estado.

R-1430/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Comissão Regional da Reserva Agrícola Nacional de Entre-Douro e Minho

Assunto: Ordenamento do território – Reserva Agrícola Nacional – utilização não agrícola – reposição da legalidade – medidas de polícia administrativa.

1. Analisado o teor da comunicação de V. Ex.^a, observo concluir-se pela inaplicabilidade do disposto no art. 39.º do Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Junho, uma vez que a construção do pavilhão industrial se mostra concluída.

2. Prevê-se na citada disposição que as comissões regionais devem ordenar a cessação de actividades desenvolvidas em infracção à disciplina da Reserva Agrícola Nacional, independentemente do processamento das contra-ordenações e da aplicação de coimas (n.º 1). Isto, sob cominação do crime de desobediência (n.º 2).

3. Parece assim inculcar-se que constitui entendimento da comissão regional presidida por V. Ex.^a que a utilização dos solos para fins industriais não recai na previsão das actividades interditas. Apenas a construção, mas não já a utilização, seria passível de infringir a lei.

4. Ora, a utilização é consequência da construção e se esta é ilícita, não se vê como não possa deixar de ser ilícito o uso que se faz de tal construção.

5. De resto, no art. 8.º do citado diploma, dispõe-se a proibição de todas as acções que diminuam ou destruam as potencialidades agrícolas, *designadamente*, a construção de edifícios.

6. Precisamente, parece aqui estender-se a proibição às acções que surjam como corolário lógico da construção de edifícios.

7. Por outro lado, parece entender que é inaplicável outrossim o disposto no art. 40.º sem que tenha sido concluída a instrução do processo contra-ordenacional. Por conseguinte, até lá, não poderia ser ordenada a demolição do pavilhão industrial nem a consequente reposição dos solos à sua condição classificada.

8. Todavia, expressamente se dispõe no art. 40.º, n.º 1, que esta ordem de reposição seja deliberada *independentemente* da aplicação de coima.

9. Não se vê que outro sentido extrair deste preceito que não o da plena autonomia entre o procedimento por contra-ordenação (que visa punir o infractor) e o procedimento para reposição do solo (que visa restaurar o interesse público lesado).

10. Este há-de poder ter lugar antes ou depois da aplicação de coima ou ainda quando não tenha sido aplicada, nomeadamente por ter prescrito a responsabilidade pelo ilícito de mera ordenação social.

11. Sem a pronta intervenção da Administração Pública, lançando mão dos meios que a lei lhe confere, não podem os superiores interesses públicos que justificam a Reserva Agrícola Nacional ser preservados.

12. Mais ainda. Cria-se entre os infractores a representação colectiva da quebra da autoridade pública própria do Estado de direito quando as pertinentes disposições legais a aplicar são interpretadas restritivamente ou mesmo reduzidas na sua letra.

13. Em face de quanto vai exposto, dignar-se-á V. Ex.^a informar-nos do que vier a ser deliberado pela comissão regional.

R-1464/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal da Guarda

Assunto: Domínio público – insalubridade – vedação – licença de uso privativo.

1. De novo se solicita a cooperação de V. Ex.^a, relativamente à queixa apresentada contra a recusa municipal de deferir licença para instalar grade, no recanto fronteiro à edificação identificada, por forma a precaver o ingresso indesejado de transeuntes, em especial, da clientela de um estabelecimento de bebidas próximo.

2. Da informação que nos prestaram parece resultar, em síntese, o seguinte:

- a) o gradeamento em causa usaria a via pública, facto que a câmara municipal tem por impeditivo do licenciamento;
- b) não será sequer de admitir o uso privativo do domínio público, muito menos a iniciativa de desafectação junto da assembleia municipal.

3. Ponderamos, no entanto, as seguintes considerações sobre cujo teor se solicita a pronúncia de V. Ex.^a, reconhecendo, antes do mais, tratar-se de um poder discricionário do executivo municipal:

- a) a reclamante apresenta um motivo não despiciendo, qual seja a incomodidade e, porventura, insalubridade que a utilização abusiva daquele diminuto espaço vem provocando;

- b) já outras tentativas de remediar esta inconveniência foram adoptadas e todas elas se mostraram inidóneas para o fim em vista;
- c) o licenciamento do uso privativo é sempre precário e da sua revogação por superveniente motivo de interesse público não resulta dever algum de indemnização ao particular (artigo 28.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro);
- d) o pagamento de taxas pelo uso privativo, de algum modo, compensaria o interesse público;
- e) a área em questão parece bastante diminuta e do seu uso privativo com o portão não se resultará grave prejuízo para o uso comum da via pública.

4. Dignar-se-á, pois, V. Ex.^a ponderar estes aspectos e transmitir-nos a posição que vier a adoptar em definitivo.

R-1515/03

Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Director da Circunscrição Florestal do Norte

Assunto: Caça – veado – concurso – suspensão – boa fé – protecção da confiança.

1. Analisado o teor das explicações prestadas por V. Ex.^a face às conclusões preliminarmente apresentadas, reitero que nada objectamos quanto à suspensão da época venatória, muito menos quanto às razões de interesse público que a tenham justificado.

2. O que, em nosso entender, não parece inteiramente razoável é que o resultado do concurso para uma época venatória suspensa não seja aproveitado para a época venatória subsequente, contanto que os classificados devam continuar a preencher os requisitos gerais e especiais para a prática da actividade.

3. Informados de ter sido organizado novo concurso, por edital de 18.08.2004, não podemos deixar de manifestar a nossa oposição a tal procedimento.

4. Como no essencial não estão em causa razões que afectem a validade do novo concurso, abtemo-nos de prosseguir a nossa intervenção, mas não sem deixar nota precisamente de que a *suspensão* de uma época especial de caça ao veado apenas condiciona transitoriamente os seus efeitos.

5. Por outro lado, havendo sido organizado um concurso e obtido o resultado do sorteio, a realização de novo concurso importa uma duplicação de esforços que não nos parece justificada. É certo que a posição adquirida por cada um dos caçadores se mostra precária e não pode reconhecer-se que seja constitutiva de um direito, mas não se encontra motivo ponderoso bastante para que os caçadores beneficiados num sorteio, mas impedidos de caçar numa época, não venham automaticamente a ver-lhes atribuído idêntica posição, logo que a caça ao veado se tornasse viável.

6. Sem prejuízo da presente chamada de atenção que vai também formulada ao Presidente do Instituto de Conservação da Natureza, determinei o arquivamento do processo por inutilidade superveniente.

R-1515/03

Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Presidente do Instituto de Conservação da Natureza
Assunto: Caça – áreas protegidas – veado – concurso – suspensão – boa fé – protecção da confiança.

1. Analisado o teor das explicações prestadas por V. Ex.^a face às conclusões preliminarmente apresentadas, reitero que nada objectamos quanto à suspensão da época venatória, muito menos quanto às razões de interesse público que a tenham justificado.

2. O que, em nosso entender, não parece inteiramente razoável é que o resultado do concurso para uma época venatória suspensa não seja aproveitado para a época venatória subsequente, contanto que os classificados devam continuar a preencher os requisitos gerais e especiais para a prática da actividade.

3. Informados de ter sido organizado novo concurso, por edital de 18.08.2004, não podemos deixar de manifestar a nossa oposição a tal procedimento.

4. Como no essencial não estão em causa razões que afectem a validade do novo concurso, abstemo-nos de prosseguir a nossa intervenção, mas não sem deixar nota precisamente de que a suspensão de uma época especial de caça ao veado apenas condiciona transitoriamente os seus efeitos.

5. Por outro lado, havendo sido organizado um concurso e obtido o resultado do sorteio, a realização de novo concurso importa uma duplicação de esforços que não nos parece justificada. É certo que a posição adquirida por cada um dos caçadores se mostra precária e não pode reconhecer-se que seja constitutiva de um direito, mas não se encontra motivo ponderoso bastante para que os caçadores beneficiados num sorteio, mas impedidos de caçar numa época, não venham automaticamente a ver-lhes atribuído idêntica posição, logo que a caça ao veado se tornasse viável.

6. Sem prejuízo da presente chamada de atenção que vai também formulada ao Director-Geral dos Recursos Florestais, determinei o arquivamento do processo por inutilidade superveniente.

R-1631/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Instituto das Estradas de Portugal

Assunto: Obras públicas – viaduto rodoviário – afastamento – edificações urbanas – zonas *non aedificandi* – igualdade – racionalidade.

Na sequência dos esclarecimentos prestados, a coberto de ofício, julgo importar o aprofundamento de alguns aspectos, pelo que solicito a pronúncia de V. Ex.^a.

Assim:

1. Da análise do Decreto-Lei n.º 13/94, de 15 de Janeiro, resulta como sua *ratio legis* a protecção das estradas nacionais em face de riscos, prejuízos e outros inconvenientes para a segurança e circulação rodoviárias.

2. Como tal, no preâmbulo é apontada a necessidade de defender as estradas nacionais, relativamente à “*pressão que sobre elas é exercida por sectores de actividade económica, cujo interesse é a ocupação dos solos o mais próximo possível da plataforma da rodovia, sob pena de, na sua inexistência, se constituírem situações indesejáveis de degradação das infra-estruturas rodoviárias e de risco para a segurança de quem nelas circula*”.

3. Neste sentido, nas OE – outras estradas que não os itinerários principais (IP) da rede fundamental ou os itinerários complementares (IC) – é proibida a construção a 20 mts. para cada lado do eixo da estrada e nunca a menos de 5 mts. da zona da estrada.

4. Além do mais, é interdita a instalação de vedações nos terrenos que excedam 2,5 mts de altura e se situem a mais de 5 mts. da zona da estrada. De todo o modo, e ainda que não se excedam estes valores, a construção de vedações carece sempre de autorização do Instituto das Estradas de Portugal que poderá ser recusada quando se verificarem inconvenientes para a circulação ou para a segurança da estrada, designadamente ao nível da visibilidade.

5. Trata-se, em qualquer dos casos, de restrições que visam proteger a segurança da estrada e de quem nelas circula, perante construções a executar dentro da zona *non aedificandi*.

6. O legislador, todavia, não parece ter configurado expressamente a situação inversa, isto é, a necessidade de protecção relativamente às construções já existentes naquela zona *non aedificandi*.

7. Isto, porque o que importava era estabelecer, expressamente, uma proibição legal aplicável às novas construções, de modo a ser possível o indeferimento de pedidos de licenciamento de operações urbanísticas. De outra forma, inexistiria fundamento legal para esta decisão.

8. Contudo, e por identidade de razões, as estradas cujo traçado for localizado de modo a incluir edificações já existentes na zona *non aedificandi* podem apresentar o mesmo tipo de inconvenientes para a segurança rodoviária.

9. A expropriação por utilidade pública destes imóveis parece encontrar plena justificação, ao abrigo da lei geral – nomeadamente, do Código das Expropriações – porquanto se antevê como plausível a fundamentação da sua necessidade e da utilidade pública para boa garantia da segurança rodoviária.

10. Pondero que as razões determinantes da proibição de novas construções subsistam inalteradas para as construções já existentes. Estas não poderiam ser construídas, caso a estrada as tivesse precedido.

11. Ora, o cerne da questão não creio que resida no momento da construção no terreno marginal ou da construção da estrada, mas sim, na necessidade de proteger a via contra edificações e construções que, para o efeito, sejam consideradas como obstáculos ao desiderato que se visa alcançar.

12. Estarão em causa, sem dúvida, e nos mesmos termos, as condições de segurança da estrada, nomeadamente de visibilidade, assim como da manutenção das infra-estruturas rodoviárias. Para este efeito, pondero que seja indiferente que as construções já existissem antes da estrada ou que sejam construídas posteriormente.

13. A entender-se de outro modo, concluiríamos que a lei de protecção às estradas seria incoerente e incongruente, pois não ficavam abrangidas todas as situações urbanísticas previsivelmente aptas a aumentar os riscos de sinistralidade e os inconvenientes de outra ordem para a segurança rodoviária e para a boa circulação.

14. Assim, pondero que contenda com a *ocasio legis* não interpretar extensivamente as prescrições legais relativas às zonas *non aedificandi*, de modo a excluir as construções e edificações existentes perante a definição de um novo traçado.

15. Por outro lado, ainda, parece este entendimento corresponder a um imperativo de justiça, uma vez que aponta para um tratamento análogo de duas categorias de situações que materialmente se identificam: a proximidade da estrada junto a uma edificação existente constituirá um encargo que agrava excepcionalmente a qualidade de vida dos seus ocupantes, ao ponto de que nunca seria admitida se porventura viesse a surgir depois de publicada a aprovação do estudo prévio da estrada (art. 3.º, do Decreto-Lei n.º 13/94) ou supervenientemente da planta parcelar (art. 5.º).

16. E, a esta ordem de considerações, julgo que acresce uma outra: quando já existam construções nas faixas onde se institui a servidão *non aedificandi*, a protecção que importa conceder, não se cinge à estrada a construir, pois importa também salvaguardar a segurança dos edifícios já construídos.

17. Estes poderão, se não for salvaguardada uma distância de segurança, ser objecto de colisão por parte de veículos automóveis que se despiem ou sofrer o impacte de objectos arremessados ou projectados destes mesmos veículos, pelos seus utilizadores.

18. Caso não se reconheça a necessidade de salvaguardar uma distância de segurança, poderemos configurar a hipótese de existirem imóveis

completamente encostados à via rodoviária, com grave prejuízo para a funcionalidade e segurança de ambas.

19. Isto, em flagrante oposição ao princípio da prossecução do interesse público e ao princípio da protecção dos interesses legítimos dos cidadãos (art. 4.º, do Código do Procedimento Administrativo).

20. Nem se diga que razões de ordem financeira, relacionadas com os custos da indemnização por expropriação das construções existentes, poderiam inviabilizar novas estradas.

21. Em primeiro lugar, porque o cumprimento das exigências legais não se pode compadecer com estes obstáculos.

22. E depois, mesmo que não se perfilhe o entendimento enunciado, sempre se dirá que, em situações como a do presente processo, em que é o próprio proprietário a requerer a expropriação do imóvel existente na zona de servidão *non aedificandi*, não se antevêem quaisquer impedimentos legais que possam obstar à aquisição pelo Instituto das Estradas de Portugal. Os custos com a obra rodoviária sopesarão devidamente a expropriação por utilidade pública dos prédios urbanos já edificados que fiquem dentro da zona *non aedificandi*. Os encargos serão superiores, provavelmente, e este factor pode determinar a opção por um traçado alternativo que não afecte edificações à margem do leito da estrada a construir.

23. É certo que numerosas estradas nacionais atravessam aglomerados urbanos, onde edificações já existentes se perfilam ao longo do traçado. Todavia, estes casos encontram-se, por regra, sob a excepção do art. 8.º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 13/71, de 23 de Janeiro: *«as edificações ao longo de estradas, nos troços que constituam ruas de aglomerados populacionais com, pelo menos, 150 metros de comprimento, mediante licença da câmara municipal respectiva, após parecer favorável da comissão de coordenação e desenvolvimento regional»*. Diferentes normas de ordenamento do trânsito, designadamente limites de velocidade mais apertados, providenciam pelo mínimo de segurança.

24. E nem se oponha que o princípio da necessidade na declaração de utilidade pública, como requisito primário da proporcionalidade, obstará a tal aquisição por parte da entidade expropriante.

25. Desde logo, a verificação da necessidade na expropriação visa defender o proprietário, impondo-se, neste sentido, à entidade expropriada.

26. Em segundo lugar, porque havendo anuência, ou mesmo solicitação do particular para a alienação do imóvel, a aquisição nem sequer tem de passar pela expropriação, ou se porventura passar, não poderá o proprietário opor legitimamente a desnecessidade da expropriação.

Em face do exposto, mais solicito a V. Ex.^a se digne esclarecer se pretende atender a pretensão do reclamante e, em caso negativo, quais as razões que possam obstar ao seu indeferimento.

Nota: A Provedoria de Justiça veio a admitir, sem prejuízo do entendimento manifestado quanto ao âmbito bilateral das zonas *non aedificandi*, que, no caso concreto, o afastamento controvertido respeitava a um talude de protecção das edificações, dando por não verificada a situação de discriminação às avessas.

R-1690/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara de Gondomar

Assunto: Urbanismo – obras particulares – altura – afastamento – edificações urbanas – RGEU – alvará de loteamento.

Analizados os elementos coligidos na instrução do processo relativo ao assunto identificado, parece de concluir o seguinte:

- a) a altura máxima do edifício é de 16,80 m, em coincidência com a cércea máxima das fachadas;
- b) esta altura resulta, pelo menos, aparentemente, de serem mantidas as áreas de fachada do piso da cobertura preservado, não obstante a demolição da laje do tecto;
- c) o piso da cobertura, para além do corpo da escada, da casa de máquinas do ascensor, da sala e instalações sanitários de uso colectivo, dispõe de um terraço descoberto, embora cerceado por falsas fachadas, como forma de marcar a esquina do edifício, no gaveto;
- d) o ponto máximo de altura e de cércea desenvolve-se numa extensão aproximada de 11,00 m para a Rua ... e de cerca de 12,50 para a sua perpendicular;

- e) por aplicação do disposto no artigo 59.º, § 1.º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, a altura parece, pois, exceder em 0,50 m o que seria permitido, em face das edificações dos lotes 3.9 3.8. – para um afastamento de 16,30 m;
- f) de acordo com o alvará da operação de loteamento, a edificação reclamada apresentaria cave +4 pisos;
- g) encontrando-se as instalações de uso colectivo (dos condóminos) acima deste número de pisos e dispondo do pé-direito regulamentar para habitação, parece de concluir também pela violação do alvará de loteamento;
- h) acresce ainda que a área de construção, própria destas instalações, deveria ter sido contada para efeitos do cálculo da área total de construção prevista no citado alvará.

Em face do exposto, solicito a pronúncia de V. Ex.^a relativamente aos indícios de violação de lei e, bem assim, o esclarecimento das questões enunciadas no n.º 1, alíneas e) e f) do n/ofício de 10.09.2003.

Ulteriormente, o mesmo órgão seria interpelado para se pronunciar sobre as conclusões preliminares.

Na sequência dos esclarecimentos prestados por V. Ex.^a, a coberto de ofício e da análise das peças desenhadas, formulam-se as seguintes conclusões preliminares sobre cujo teor se solicita a pronúncia:

A
Da violação do art. 59.º do Regulamento Geral
das Edificações Urbanas

- a) Para aplicação do § 1.º do art. 59.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas (tolerância de 1,50 m para terrenos declivosos), deve-se ter presente que a Rua (fachada principal) é plana e apenas a rua transversal (fachada lateral) apresenta um declive;
- b) Assim, apresentando a Rua ... 16,30 m de largura e a altura do edifício reclamado, na fachada principal, de 16,80 m, a altura máxima permitida parece ultrapassada em 0,50 m, o que viola a

norma do corpo do art. 59.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas;

- c) A fachada lateral atinge, no gaveto, e numa extensão de 12,40 m, os 16,80 m de altura. Por conseguinte, também excede o valor máximo admitido de 16,30 m pela aplicação da regra prevista no § 2.º do art. 59.º daquele diploma (tolerância na extensão máxima de 15,00 m);
- d) A fachada lateral, no seu ponto mais descendente, atinge a altura de 15,40 m (13,90 m + 1,50 m). Sendo a largura do arruamento confinante de 13,30 m, ainda que aplicada a tolerância de 1,50 m por força do § 1.º do art. 59.º, a altura da fachada na sua parte descendente, a partir do plano médio, teria que ser de 14,80 m (13,30 m + 1,50 m = 14,80 m). Deste modo, a fachada lateral parece ultrapassar em 0,60 m a altura máxima admitida pelo Regulamento Geral das Edificações Urbanas;
- e) Nesta fachada, na área de gaveto, numa extensão de 15,0 m, não se aplicará esta altura limite, mas sim a constante da altura máxima da fachada principal que é de 16,30 m.

B

Da violação do alvará de loteamento

- a) De acordo com o art. 6.º n.º 1 do Regulamento do Plano Director Municipal de Gondomar, para cálculo da área bruta de construção devem ser adicionadas as superfícies de todos os pisos, desde que acima do solo;
- b) Não são considerados pisos os sótãos sem pé-direito regulamentar para fins habitacionais, nem as áreas cobertas destinadas a estacionamento, quando localizadas em cave;
- c) De acordo, com o n.º 3 desta disposição, entende-se por cércea, quando expressa em número de pisos, o número total de pavimentos sobrepostos de um edifício, correspondente à distância vertical, compreendida entre a cota da soleira e a cota correspondente à intersecção do plano inferior da cobertura com a fachada;

- d) Em qualquer uma destas disposições não se excluem da contabilização as áreas ou pisos que apresentem pé-direito regulamentar para fins habitacionais, ainda que de escassa representação no total do projecto, como sucede com o piso que se destina a sala de condomínio;
- e) Não se encontra, assim, fundamento para o entendimento contrário que alicerça prática corrente na Câmara Municipal de Gondomar;
- f) Como tal, encontrando-se o piso da sala de condomínio acima do piso máximo permitido pelo alvará de loteamento (cave + quatro pisos) haverá violação deste instrumento no que concerne este parâmetro.

Em face ao exposto, dignar-se-á V. Ex.^a pronunciar-se, transmitindo-nos as providências ponderadas em ordem à reintegração da legalidade urbanística que, a título preliminar, concluímos encontrar-se infringida.

R-1904/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Paredes

Assunto: Urbanismo – obras particulares – edificações urbanas – afastamentos – luz natural – ventilação – RGEU.

1. Na sequência da instrução do processo, organizado sobre pedido de intervenção do Provedor de Justiça por oposição a obras, executadas no local identificado em epígrafe, da responsabilidade de ..., mostra-se possível indiciar a ilegalidade do da referida obra e do anterior acto de licenciamento.

2. Com efeito, da análise dos elementos do projecto de arquitectura, enviados por V. Ex.^a, ao abrigo de ofício, conclui-se não serem respeitadas as condições legalmente definidas para os afastamentos entre edificações.

3. Assim, confirmada a existência de vãos de compartimentos de habitação na moradia da reclamante, na fachada que confronta com a empena

norte (posterior) da edificação reclamada, verifica-se que o disposto no art. 73.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas não é respeitado.

4. Com efeito, a distância verificada é de 1,5 m entre a fachada da reclamante e a empena posterior da edificação reclamada (correspondente a instalações sanitárias, cozinha e muro).

5. Uma vez que esta última apresenta uma altura de 7, m, no seu ponto mais desfavorável, o afastamento a cumprir deveria corresponder a 3,5 m (metade da altura).

6. Como tal, quer a distância anteriormente permitida, quer a distância indicada no pedido de legalização mostram-se inferiores ao requisito legal enunciado.

7. Até porque a aplicação do art. 73.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, ao contrário do que pode entender-se acerca de outras prescrições do mesmo diploma, impõe-se às fachadas laterais.

8. Nada se encontra na letra do preceito que aconselhe afastar este entendimento (neste sentido v. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 08.03.1984).

9. O disposto no art. 73.º reporta-se a fachadas confrontantes, e nesse sentido, fronteiras, ainda que ambas possam ser laterais, posteriores ou principais quando considerada a estrutura das edificações. O mesmo se aplica à relação entre a fachada a proteger – porque dispõe de vãos de compartimentos de habitação – e qualquer obstáculo em confronto, nomeadamente um muro.

10. Além do mais, a norma do art. 73.º é uma norma relacional, ou seja, destina-se a assegurar o cumprimento de uma distância mínima entre construções confinantes, impondo uma limitação ao direito de propriedade, fundamentada, não apenas pela necessidade de proteger os direitos e interesses legalmente protegidos dos vizinhos (neste sentido v. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25.10.1990), como também pelo interesse público na higiene e salubridade das edificações, de modo a facultar o arejamento e a iluminação natural dos compartimentos de habitação servidos pelos vãos (v. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 07.06.1994).

11. Assim, a disposição do art. 73.º deve ser aplicada bilateralmente, ou seja, tanto para proteger o construtor contra si mesmo, como também em face a supervenientes obstáculos construtivos imputados a terceiros para protecção das janelas e dos vãos de compartimentação já existentes.

12. Logo, para o âmbito de aplicação desta norma, pouco importa se de fachadas laterais, principais ou posteriores se trata.

13. Como também pouco importa que o obstáculo com o qual se relacionam é outra fachada (onde tenham sido abertos vãos que não de compartimento de habitação), um muro ou uma empena cega, como é o caso em apreço.

14. O que se torna necessário para a aplicação desta restrição é que a fachada a proteger apresente vão(s) de compartimento de habitação ³⁶.

15. E, ao contrário do que sucede com a disposição do art. 60.º, basta que apenas uma das fachadas disponha de vãos de compartimentos de habitação para que o art. 73.º seja de aplicar.

16. O que se pretende é, pois, assegurar que a integração de um novo edifício no conjunto edificado ou que se prevê edificar, seja feita de modo a não diminuir a qualidade de vida, garantindo, assim, um ambiente urbano sadio e esteticamente equilibrado.

17. Por último, é de notar que, dada a orientação solar, o edifício do reclamado projecta sombra no do reclamante, o que agrava, em concreto, o efeito lesivo referido.

18. Em face ao exposto, queira V. Ex.^a indicar-nos quais as medidas que pondera adoptar com vista à satisfação da legalidade urbanística e da protecção dos direitos do reclamante, radicados em norma que cumpre às câmaras municipais fazer respeitar.

R-2381/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Tomar

Assunto: Urbanismo – obras particulares – licenciamento – prazos – embargo – discriminação.

1. Venho por este meio comunicar a V. Ex.^a termos concluído a apreciação da queixa que justificou a anterior audição de V. Ex.^a e as informações transmitidas por meio de ofício.

³⁶ Compartimentos de habitação são os do art. 66.º do RGEU: quartos, salas e cozinha, obrigatoriamente servidos por um ou mais vãos abertos na parede, em comunicação directa com o exterior (art. 71.º do RGEU). Não serão considerados como tal os vestíbulos, as instalações sanitárias, os arrumos e outros compartimentos de função similar.

●
●
●
Ambiente e recursos naturais...

2. Como se explica mais detalhadamente na informação final, consideramos encontrar-se ultrapassada a situação reclamada, sem prejuízo, no entanto, de se justificar uma advertência para as questões suscitadas, a fim de que sejam adoptadas as medidas que previnam a sua futura ocorrência:

- a) Incumprimento de prazos na instrução do pedido de licenciamento de construção n.º 773/02, devido, essencialmente, à falta de prévio despacho de saneamento, de acordo com o art. 11.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro);
- b) Falta injustificada de resposta à exposição que fora dirigida pelo reclamante, em 10.03.2003;
- c) Menor atenção às demais construções de muros que, se diz preencherem o mesmo alinhamento que o do muro embargado, no âmbito do processo n.º 689/02 (designadamente, por incumprimento das distâncias de afastamento à estrada);
- d) Inexigibilidade ao proprietário da obra embargada de certidão do registo predial, ao invés do solicitado, em 5.06.2003, no âmbito do processo n.º 689/02, por falta de base legal, falta de fundamentação e violação dos princípios da proporcionalidade e da boa fé da Administração Pública.

3. Mais informo V. Ex.^a ter determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do disposto no art. 33.º, do Estatuto do Provedor de Justiça, restando-me agradecer a colaboração dispensada à nossa intervenção.

R-2402/03

Assessor: Miguel Feldmann

Entidade visada: Câmara Municipal de Santa Maria da Feira (Vereador com o pelouro do Planeamento e Urbanismo)

Assunto: Ambiente – urbanismo comercial – utilização – talho – ilícito de mera ordenação social – medidas de polícia administrativa – encerramento.

1. Por meio de ofício, informou-nos V. Ex.^a que, no termo do processo de contra-ordenação n.º .../02 fora determinada a aplicação de uma coima no valor de € 750,00, encontrando-se em curso procedimento para a cobrança coerciva daquela quantia, depois de se concluir que o estabelecimento reclamado não dispunha de licença para o efeito.

2. Verifica-se, porém, não ter sido prestada resposta ao anterior ofício de 16.12.2003: por que motivo a câmara municipal se abstém de decretar medidas de polícia administrativa destinadas à reposição da legalidade urbanística, mais concretamente, por que não determina a cessação da actividade do estabelecimento reclamado.

3. A mesma questão já anteriormente fora formulada a V. Ex.^a, (ofício de 23.07.2003), e também não merecera esclarecimento na comunicação de 21.10.2003.

4. Parece oportuno reiterar que este estabelecimento está aberto ao público com deficientes condições de salubridade, as quais levaram o delegado de saúde concelhio a propor a V. Ex.^a o encerramento (ofício de 16.12.2002).

5. Por conseguinte, mal se compreende como pode a Câmara Municipal de Santa Maria da Feira tolerar a situação de ilegalidade, com o que representa de prejuízo o interesse público e de risco para a saúde dos consumidores e dos moradores vizinhos.

Dignar-se-á V. Ex.^a esclarecer devidamente as razões que possam vir obstando à cessação da actividade do estabelecimento (art. 28.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, e art. 109.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro).

R-2448/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Monchique

Assunto: Urbanismo – obras particulares – edificações urbanas – afastamentos – segurança contra o risco de incêndios – salubridade.

1. Analisada a situação exposta na queixa que deu origem ao processo referenciado na epígrafe, à luz das informações prestadas por V. Ex.^a, foram alcançadas as conclusões expostas na informação interna, cuja cópia se junta.

2. Nestes termos, e ao abrigo do disposto no art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, cumpre-me dirigir a V. Ex.^a, uma especial chamada de atenção para os seguintes aspectos, referidos no ponto 3. da informação anexa:

- a) em primeiro lugar, para o facto de os afastamentos das construções reclamadas (dos lotes n.º 5 e n.º 6) ao limite posterior, serem inferiores àqueles que resultariam de uma aplicação equitativa do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, em prejuízo do prédio confinante, devendo tal prejuízo ser objecto de compensação;
- b) em segundo lugar, para o incumprimento das distâncias de afastamento estabelecidas no art. 16.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 64/90, de 21 de Fevereiro, devendo ficar adequadamente asseguradas as condições essenciais de segurança contra incêndios no local;
- c) por último, para a necessidade de legalização da operação de loteamento em que se enquadram as construções reclamadas.

3. Tratando-se de uma operação urbanística de iniciativa municipal, o rigoroso cumprimento das prescrições legais e regulamentares de natureza urbanística impor-se-á não apenas como um dever legal, mas também como um sentido exemplar para terceiros. Estou certo de que V. Ex.^a partilhará comigo desta perspectiva.

Anexo: Informação n.º 34/JLC/2004

1. Na queixa que deu origem à organização do presente processo de reclamação, era contestada a construção, pela Câmara Municipal de Monchique, do edifício acima identificado, alegando-se o seguinte:

- a) A fachada posterior das construções previstas para os lotes n.ºs 5 e 6 da denominada “Urbanização de Casais”, com dois pisos, distaria, na planta de implantação, 3.45 m do muro da propriedade confinante (propriedade situada a nascente das construções reclamadas);

- b) Todavia, na fase de construção, a implantação terá sofrido desvio em relação à planta, situando-se, actualmente, a cerca de 2 m. do limite da propriedade;
- c) Possuindo as fachadas posteriores da construção reclamada vãos de compartimentos de habitação, tal situação constituiria, alegadamente, uma violação do disposto no art. 16.º, n.º 7, do Regulamento de Segurança Contra Incêndio em Edifícios de Habitação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64/90, de 21 de Fevereiro;
- d) Além disso, a implantação reclamada não respeitará os afastamentos mínimos de 3 e 5 metros em relação aos limites do prédio (consoante se trate, respectivamente, de rés-do-chão ou de 1.º andar) que terão vindo a ser impostos pela câmara municipal no licenciamento de obras particulares;
- e) Por fim, alega-se que a actual implantação das construções reclamadas, dotadas de vãos de compartimentos de habitação, implicaria, caso o proprietário do terreno confinante a nascente pretenda efectuar construção análoga, a necessidade de recuar desproporcionadamente a implantação desta ao limite da propriedade, por forma a – à custa do seu terreno – assegurar o cumprimento das regras de afastamentos constantes do RGEU e impostas pela câmara municipal;
- f) Tendo sido solicitado à Câmara Municipal de Monchique a resolução deste problema, esta não terá atendido às solicitações, fazendo avançar a obra.

2. Analisadas as informações prestadas pela Câmara Municipal de Monchique, apurou-se que:

- a) As distâncias das fachadas posteriores dos edifícios implantados nos lotes 5 e 6 ao limite da propriedade (na parte em que confrontam com a propriedade da reclamante) são as seguintes:
 - i. No lote 5, ao nível do primeiro andar, 2, 63 m. e, ao nível do rés-do-chão, 3,40 m.;
 - ii. No lote 6, ao nível do primeiro andar, 2, 56 m. e, ao nível do rés-do-chão, 4,06 m.;

- b) Existem vãos (que se supõe serem de compartimentos de habitação) em ambas as fachadas, designadamente:
 - i. No lote 5, ao nível do primeiro andar;
 - ii. No lote 6, em ambos os pisos (R/C e primeiro andar);
 - c) Os afastamentos vigentes para a zona em questão são os estabelecidos no art. 12.º, n.º 2, do Regulamento Municipal de Obras Particulares de Monchique, publicado no DR, II Série, n.º 35, de 11 de Fevereiro de 1997, que manda aplicar, nas zonas urbanas, a regra dos 45.º, “definida no RGEU”;
 - d) Os projectos de construção foram aprovados – e as obras executadas – anteriormente à aprovação da operação de loteamento;
 - e) Tal situação terá ficado a dever-se a razões de celeridade e à necessidade de introdução de ajustamentos;
 - f) Encontra-se em curso, actualmente, a aprovação da operação de loteamento;
 - g) Ora, tendo presente que o projecto de urbanização em causa é de iniciativa municipal, torna-se necessário identificar, à luz do disposto no art. 2.º, alínea *i*), do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho), os tipos de operações urbanísticas nele envolvidas, e, conseqüentemente, averiguar a aplicação do disposto nos n.ºs 3 a 7 do art. 7.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.
3. Tendo presente o quadro acima exposto, conclui-se o seguinte:
- a) No que respeita ao cumprimento das regras de afastamentos estabelecidas no Regulamento Municipal de Obras Particulares de Monchique e no RGEU:
 - i. As construções reclamadas são de habitação unifamiliar, em banda, com dois pisos, situando-se as suas fachadas posteriores, (dotadas de vãos de compartimentos de habitação), na parte mais próxima aos limites posteriores dos respectivos lotes, a 2,63 m, no lote 5, e 2,56 m., no lote 6 (em ambos os casos, no primeiro piso);

- ii. A cêrcea da fachada de tardoz das construções reclamadas, medida a partir da planta fornecida, é de 5,6 m.;
- iii. Uma vez que não existe, na propriedade da reclamante, qualquer construção confrontante com as edificações reclamadas, não lhes são aplicáveis, em sentido estrito, as regras de afastamentos estabelecidas no RGEU;
- iv. Todavia, não pode deixar de se ter em consideração a vocação edificatória do terreno da reclamante e, conseqüentemente, os limites que serão opostos no licenciamento municipal de uma construção nesta propriedade;
- v. Em tal situação, o afastamento aplicável seria o estabelecido no corpo do art. 59.º, do RGEU (para o qual remete, aliás, o art. 12.º, n.º 2, do citado regulamento municipal), definido pela linha recta a 45.º, traçada nesse plano a partir do alinhamento da edificação fronteira, definido pela intersecção desse plano com o terreno exterior;
- vi. Assim, o afastamento a observar entre as fachadas posteriores de edificações unifamiliares dotadas de vãos de compartimentos de habitação, com cêrcea de 5,6 m., seria de 5,6 m.;
- vii. A repartição equitativa desse afastamento resultaria, portanto, em 2,8 m., até ao limite do lote, por cada uma das edificações confrontantes;
- viii. A esta luz, constata-se que o afastamento das construções reclamadas, ao nível do primeiro piso, é ligeiramente interior ao que resultaria de uma aplicação equitativa do RGEU;
- ix. Mas não pode deixar de se observar a escassa relevância de tal diferença pois, sendo o afastamento médio total, ao nível do 1.º piso, de 2.72 m., diferença entre o este afastamento e o que resultaria da aplicação equitativa do RGEU (2.8 m) resume-se a 8 centímetros. Aplicada tal diferença sobre a extensão dos lotes em causa (cerca de 21 m.), resultaria em 2 m² a área que a reclamante deixaria de poder ocupar, numa aplicação equitativa do RGEU;
- x. Tal prejuízo não deixaria, contudo, de merecer adequada compensação;

- b) No que respeita ao cumprimento do afastamento estabelecido no art. 16.º, n.º 7, do Regulamento de Segurança Contra Incêndio em Edifícios de Habitação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64/90:
- i. Esta norma estabelece que as paredes exteriores dotadas de vãos que confrontem com terrenos vizinhos destinados a edificação devem estar afastadas mais de 3 m. do limite da propriedade;
 - ii. Não se encontrando observada esta distância, não se pode deixar de notar, uma vez mais, a diminuta expressão do seu incumprimento, que se limita, em média, a cerca de 10% da distância legalmente estabelecida;
 - iii. É certo que a cumprimento de uma norma que estabelece um afastamento mínimo não contempla qualquer tolerância, em termos percentuais (é tão ilegal o incumprimento em 10% como o incumprimento em 90%);
 - iv. Todavia, a reduzida expressão do incumprimento pode adquirir relevância, em concreto, para aferir a gravidade, o grau de *ilicitude*, decorrente da violação da norma em questão: na presente situação, o afastamento existente não parece prejudicar, muito menos irremediavelmente, a finalidade da norma (permitir a evacuação de pessoas e o acesso de auxílio, em caso de emergência);
 - v. Não se descortinando qualquer nulidade que possa decorrer do incumprimento desta norma, a ilicitude daí decorrente originaria o vício de anulabilidade do acto de aprovação do projecto de construção, nos termos do disposto no art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo;
 - vi. Ora, remontando o projecto de obras a Maio de 2000 e estando em conclusão a edificação, parecem ter expirado os prazos de impugnação ou de revogação de tal decisão (o seu prazo máximo seria de um ano, nos termos do então disposto no art. 28.º do Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, e no art. 141.º do Código do Procedimento Administrativo);
 - vii. Em todo o caso, se a invalidade não estivesse ainda sanada – e, nesse caso, sem prejuízo da sua impugnabilidade judicial – a

diminuta gravidade da situação poderia não justificar outra atitude, por parte do Provedor de Justiça, para além da emissão de uma chamada de atenção à entidade visada, nos termos do disposto no art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril;

viii. Não deixa, aliás, de se observar que o cumprimento do art. 16.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 64/90, poderá ser restabelecido através da aquisição, pelo município, da estreita faixa de terreno necessária para esse efeito;

c) No que respeita à inexistência de loteamento aprovado, precedendo a aprovação dos projectos de construção:

- i. As construções reclamadas constituem numa operação de loteamento, porquanto implicam a divisão de uma propriedade em lotes autónomos entre si, para fins de edificação urbana nesses lotes, nos termos do disposto no art. 2.º, alínea *i*), do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (como já o era, em face do disposto no art. 3.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro ⁸⁷, por aquele revogado);
- ii. Tal operação, porque promovida pelo município, encontra-se isenta de licenciamento, nos termos do disposto no art. 7.º, n.º 1, alínea *a*), do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação ⁸⁸ (como já sucedia, também, com o art. 1.º, n.º 2, do citado Decreto-Lei n.º 448/91);
- iii. Tal isenção não dispensa, contudo, uma decisão da câmara municipal que constitua, juridicamente, a operação de loteamento, assim como não dispensa o cumprimento das regras legais e regulamentares aplicáveis e a observância de algumas formalidades, de modo análogo ao que sucede com o licenciamento de operações de loteamento promovidas pelos parti-

⁸⁷ Na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro.

⁸⁸ Aprovado pelo 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.

- culares (v. n.^{os} 5 a 7, do art. 7.^o, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação);
- iv. A constituição jurídica de uma tal operação é imprescindível para a produção dos efeitos jurídicos legalmente associados às operações de loteamento, designadamente, no que respeita às cedências e afectações de espaços, à constituição jurídica dos lotes e das situações jurídicas reais a eles associadas, bem como ao seu registo e transmissão (arts. 43.^o, 44.^o e 49.^o do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação);
 - v. O acto de aprovação dos projectos de construção não substitui a decisão de aprovação do loteamento em falta. Pelo contrário, deveria decorrer, ele próprio, da operação de loteamento, e nela se enquadrar;
 - vi. Contudo, não parece que esta falta seja insusceptível de regularização, dada a escassa regulação legal dos tipos de actos em causa. Pelo menos, numa fase em que ainda não tenham sido produzidos efeitos externos, transcendendo a esfera jurídica do município (i.e., a autonomização jurídica ou a transmissão dos lotes ou dos edifícios neles implantados);
 - vii. Importa, portanto, que a Câmara Municipal de Monchique regularize esta situação, aprovando a operação de loteamento e cumprindo as formalidades que forem aplicáveis (designadamente, de entre as previstas nos n.^{os} 5 a 7, do art. 7.^o, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação);
 - viii. Assim, parece justificar-se que a actuação do Provedor de Justiça, quanto a este aspecto, se limite à emissão de uma chamada de atenção à entidade visada, ao abrigo do disposto no art. 33.^o do Estatuto do Provedor de Justiça.

4. Por estas razões, propõe-se o arquivamento do presente processo de reclamação, ao abrigo do disposto no art. 33.^o do Estatuto do Provedor de Justiça, endereçando-se chamada de atenção ao Presidente da Câmara Municipal de Monchique para que providencie pela regularização da situação reclamada, nos termos acima expostos.

R-2667/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia
Assunto: Urbanismo – obras particulares – legalização – fiscalização – ilícito de mera ordenação social.

1. Analisado o teor das informações prestadas pelo Director Municipal, através de ofício, determinei o rearquivamento do processo organizado sobre queixa contra a edificação identificada.

2. Ali se esclarece ter sido aprovado o projecto de arquitectura, condicionado embora a condicionantes de natureza construtiva e paisagística, depois de a sociedade interessada ter requerido a legalização.

3. Pondero, no entanto, justificar-se da parte das autoridades municipais um estreito e rigoroso controlo do cumprimento das condições estipuladas acessoriamente à aprovação do projecto de arquitectura, tendo presente que a questão controvertida se arrasta há muitos anos e conheceu uma evolução pouco linear da parte do infractor.

4. Pondero ainda que, embora a comunicação de 20.04.2003, seja omissa nesse ponto, venha a reclamada particular a responder por infracção contra-ordenacional.

5. Prevaleço-me da oportunidade para agradecer a colaboração facultada à intervenção do Provedor de Justiça.

R-3225/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da EDP, S.A..
Assunto: Urbanismo – obras de urbanização – fornecimento de energia eléctrica – indeferimento – dever de fundamentação.

1. Sobre reclamação que nos fora apresentada, pronunciaram-se V. Ex.^{as} através de comunicação.

2. Analisado o seu teor, considerei justificada a posição da EDP, S.A., ao invocar o facto de o promotor da urbanização não ter concluído ainda as infra-estruturas próprias do local, motivo que impede o fornecimento de energia eléctrica aos proprietários de lotes, de acordo com o disposto no art. 25.º, n.º 1, da Portaria n.º 425/2001, de 5 de Maio.

3. Observo porém que as explicações que a EDP, S.A., prestara ao reclamante não terão sido suficientes para que um destinatário normal pudesse ficar a saber por que se decidiu em determinado sentido (v. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno), de 28.05.1987⁸⁹).

4. Com efeito, ao reclamante terá sido explicado que o fornecimento se encontrava suspenso por razões a que seria alheia a EDP, S.A. – a falta de condições técnicas no local que permitissem a orçamentação.

5. A EDP, S.A., encontra-se adstrita ao cumprimento do dever de fundamentação dos actos administrativos enunciados no art. 124.º, n.º 1, alínea c), do Código do Procedimento Administrativo.

6. Isto, por motivo da sua qualidade de concessionária no exercício de poderes de autoridade (art. 2.º, n.º 3), mesmo ainda que pudesse enquadrar-se a recusa de fornecimento no âmbito técnico, pois também a actividade desta natureza ou de gestão privada (art. 2.º, n.º 5) tem de satisfazer o dever de fundamentação, por via do disposto no art. 268.º, n.º 3, *in fine*, da Constituição.

Cumpre-me assim advertir V. Ex.^{as} para a necessidade de os serviços serem instruídos em sentido conforme com o que vai exposto, no que toca à fundamentação da recusa de fornecimento de energia eléctrica.

Arquivado o processo, por não ser de atender à reclamação, no essencial, prevaleço-me da oportunidade para agradecer a colaboração prestada à intervenção do Provedor de Justiça.

⁸⁹ In Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 315, p. 367.

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Cascais

Assunto: Ambiente – estabelecimento de pastelaria com fabrico próprio – emissão de fumos e calor – utilização – comércio – ilícito de mera ordenação social – cessação da utilização.

§ 1.º

1. Através de comunicação, foi-nos transmitido que o estabelecimento se mantém aberto ao público, pese embora o facto de não dispor de licença municipal.

2. Com efeito, apenas fora aprovado o projecto de arquitectura para instalação de estabelecimento de restauração e bebidas, em 30.04.2003. e fora junto projecto acústico habilitado pelo Departamento de Valorização Ambiental da Câmara Municipal.

3. Mais nos informa a sempre citada comunicação quanto ao teor da licença de utilização: estabelecimento comercial, de acordo com o alvará de 17.07.2000, e em consonância com o destino previsto no título constitutivo da propriedade horizontal.

§ 2.º

Entendemos que a situação do estabelecimento reclamado deveria ser ponderada à luz das seguintes considerações:

Da utilização para comércio

1. Ao tempo da constituição da propriedade horizontal sobre o edifício, encontrava-se em vigor a Classificação das Actividades Económicas denominada CAE Rev2, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 182/93, de 14 de Maio, onde se distinguiam muito claramente as actividades de restauração e bebidas (secção H) as da indústria alimentar, fabrico de pão, pastelaria (secção D, subsecção DA) e, por fim, a actividade de comércio (secção G).

2. O Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, veio disciplinar, não apenas os estabelecimentos que proporcionam refeições, bebidas e serviço de cafetaria para consumo próprio, ou não, como também os estabelecimentos que dispõem de instalações para o fabrico de pão, pastelaria e gelados e que se qualificavam na antiga classe D, de acordo com a tipologia das actividades industriais.

3. Uma só licença passou a habilitar a abertura ao público destes estabelecimentos conhecidos usualmente como dotados de fabrico próprio.

4. O que o legislador terá pretendido, no essencial, foi disciplinar conjuntamente os requisitos urbanísticos, de higiene, segurança e salubridade das instalações, mas jamais se deixou de reconhecer a componente de indústria alimentar enquanto tal, isto é, como actividade industrial.

5. O Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, não revogou a tabela de classificação das actividades industriais (Portaria n.º 744-B/93, de 18 de Agosto, alterada pelo Decreto-Lei n.º 207-A/99, de 9 de Junho) nem tão-pouco a citada classificação das actividades económicas, na versão que, ao tempo, estava em vigor.

6. A legislação da actividade industrial veio, entretanto, a ser profundamente alterada e, assim, ocorreu um estreitamento das qualificações próprias das actividades económicas.

7. Em lugar de uma classificação própria das actividades industriais, o Decreto Regulamentar n.º 8/2003, de 11 de Abril, remete precisamente para a classificação das actividades económicas, ou seja, para a CAE Rev2, convenientemente substituída pela CAE Rev2.1. (Decreto-Lei n.º 197/2003, de 27 de Agosto).

8. Uma vez mais, os estabelecimentos com fabrico próprio de pão e pastelaria surgem contemplados na actividade industrial (secção D – indústrias transformadoras, secção DA – indústrias alimentares das bebidas e do tabaco), à margem dos estabelecimentos de restauração e bebidas (secção H) e à margem da simples actividade comercial (secção G).

9. Em síntese, devemos reconhecer que a utilização para comércio não permite, sem mais, que a fracção identificada seja destinada a restauração e bebidas, muito menos que seja destinada ao fabrico próprio de pão e de pastelaria.

10. E esta consideração é válida actualmente, como o era ao tempo em que fora constituída a propriedade horizontal.

11. É aos condóminos que cumpre zelar pela observância das prescrições contidas no título constitutivo da propriedade horizontal, mas a câmara municipal não pode abster-se de conferir a legitimidade de uma nova utilização para uma fracção autónoma.

12. Por conseguinte, se o requerente exhibe o título constitutivo não alterado e onde figura a utilização para comércio, parece-nos que a câmara municipal terá de exigir prova da autorização de todos os condóminos, de acordo com o disposto nos artigos 1418.º, n.º 2, alínea *a*), 1419.º, n.º 1, e 1422.º, n.º 2, alínea *c*), todos do Código Civil.

13. Creio que importa ainda ter presente que a licença de utilização para serviços de restauração e bebidas surge equiparada no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, à licença/autorização de utilização tratada pelos artigos 62.º e segs. do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro).

14. O seu deferimento significa, pois, que a câmara municipal admite a conformidade das obras com o projecto de arquitectura, a adequação do uso previsto às condicionantes urbanísticas e, ainda, a observância de outras disposições legais ou regulamentares próprias da actividade, como é o caso dos requisitos das instalações, classificação e funcionamento dos estabelecimentos, tanto no que se reporta à higiene como à segurança contra o risco de incêndio.

Da abertura ao público sem licença de utilização

1. Esta questão, contudo, é precedida por saber da situação do estabelecimento reclamado: aberto ao público sem dispor de licença de utilização própria.

2. No artigo 39.º, n.º 1, alínea *c*), e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho, permite-se aplicar ao infractor a sanção acessória de encerramento, ou seja, para além da coima prevista para a infracção descrita no artigo 38.º, n.º 1, alínea *g*): utilização de edifício ou parte dele, directa ou indirecta, sem alvará de licença de utilização para serviços de restauração ou de prestação de bebidas.

3. Mas nem por isso o encerramento de estabelecimentos indevidamente abertos ao público só pode ser determinado no termo de um procedimento contra-ordenacional.

4. Uma vez mais, releva a equiparação da licença de utilização de restauração e bebidas à licença de utilização, em geral.

5. E releva para o presidente da câmara municipal poder determinar a cessação da utilização, de acordo com o disposto no artigo 109.º, do já citado Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

6. Ao passo que a sanção acessória de encerramento visa punir o infractor pela prática de um acto ilícito, não podendo os efeitos desta sanção prolongar-se por mais de dois anos (artigo 21.º, n.º 2, do Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas), já a ordem de cessação da utilização visa simplesmente restabelecer a legalidade infringida e os interesses públicos vulnerados.

7. A ordem jurídica não pode tolerar a abertura ao público de estabelecimentos condicionados por licença. A não ser assim, o próprio condicionamento por licença deixaria de fazer sentido, para uma actividade que o legislador considerou não isenta de riscos para a segurança e salubridade.

8. Sem prejuízo da faculdade que assiste aos condóminos de exercerem judicialmente a sua oposição, em nome dos interesses particulares que consideram preteridos, o certo é que o município, abstendo-se de lançar mão das medidas de polícia administrativa que a lei lhe confiou, pode ficar associado à responsabilidade por conduta omissiva que decorra da abertura do estabelecimento ao público.

Em face de quanto vai exposto, dignar-se-á V. Ex.^a esclarecer-nos:

A) se foi junta ao pedido de legalização prova da autorização dos condóminos, de modo a satisfazer aos requisitos de legitimidade do requerente para alterar o uso de fracção autónoma;

B) se é ponderada a cessação de utilização da fracção com a actividade de restauração, bebidas e fabrico próprio de pão e de pastelaria até que o proprietário venha a dispor da pertinente licença municipal.

Mais se solicita a remessa de cópia do projecto acústico e da declaração do Departamento de Valorização Ambiental, referida na informação do Chefe de Divisão de 7.11.2003.

R-3255/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães

Assunto: Urbanismo – obras particulares – licenciamento – obra inacabada – estética – inserção na paisagem urbana.

1. Analisados os elementos facultados em resposta às nossas solicitações, determinei o arquivamento do processo, concluindo pela improcedência da reclamação, no essencial.

2. Observo, contudo, dos elementos fotográficos enviados por V. Ex.^a que a edificação executada pela ... revela alguns aspectos inacabados, facto que poderá contribuir para um menor enquadramento estético da moradia do reclamante.

3. Como tal, devo fazer notar que o procedimento contra-ordenacional instaurado não esgota a reposição da legalidade, havendo de ser intimada a autora da obra para prover à sua legalização, sem o que não poderá ser utilizada. Por esta via, disporá V. Ex.^a de um meio adequado para compelir a associação humanitária a concluir os trabalhos e a criar melhores condições estéticas de integração na paisagem urbana.

4. Prevaleço-me da oportunidade para agradecer a cooperação dispensada à intervenção deste órgão do Estado.

R-3332/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente do Instituto das Estradas de Portugal

Assunto: Ambiente – tráfego rodoviário – viaduto – ruído – barreiras acústicas – medidas provisórias.

1. Através da anterior comunicação de V. Ex.^a, ficámos cientes de já ter sido elaborado um projecto para instalação de barreiras acústicas, reconhecendo-se que o ruído imputado pelos moradores ao tráfego da A8, junto ao viaduto da Murteira, constitui incómodo sensível.

2. Contudo, a execução do projecto encontra-se deferida para finais de 2006, já que se procederá, então, ao alargamento da auto-estrada.

3. Até lá, porém, desconhecemos as providências que o Instituto das Estradas de Portugal pondera adoptar, de modo a conter o ruído propagado.

4. Trata-se ainda de um período superior a dois anos, durante o qual a exposição dos moradores ao ruído perturbador não deixará de afectar sensivelmente a sua qualidade de vida, saúde física e mental e até o rendimento do seu trabalho, estudos ou outras actividades que reclamem a sua concentração.

5. Dignar-se-á V. Ex.^a transmitir-nos o que pondera o Instituto das Estradas de Portugal providenciar, a título transitório, no pressuposto de não poderem ser antecipadas para um futuro próximo as obras de alargamento.

R-3476/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Vice-Presidente da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte

Assunto: Ordenamento do território – orla costeira – obras particulares – parecer favorável – dever de fundamentação.

1. Temos presente o teor das informações transmitidas por V. Ex.^a.

2. Nos termos do relatório interno de análise que se junta cópia, conclui-se pela inobservância do disposto no art. 99.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, nos pareceres favoráveis reclamados, tanto quanto não foram fundamentados.

3. Determino porém o arquivamento, nos termos do art. 33.º, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, ao ponderar dois aspectos. Em primeiro lugar, porque a inobservância do citado preceito legal se encontrará consumida pela sanção dos actos finais (deferimento municipal das licenças), por efeito do decurso do tempo. Em segundo lugar, porque embora não fundamentados os pareceres, perante a motivação apresentada posteriormente por V. Ex.^a, sempre seria possível a renovação do acto final.

4. De todo o modo, dignar-se-á V. Ex.^a instruir os serviços próprios, no sentido de futuramente não deixarem de expor nos pareceres a necessária fundamentação, em cumprimento do disposto no art. 99.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

5. Prevaleço-me da oportunidade para agradecer a colaboração dispensada à intervenção do Provedor de Justiça.

Anexo: Informação n.º 14/JLC/2004

1. Na queixa que deu origem à organização do presente processo de reclamação, era contestada a emissão, por parte da ex-Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Norte (actual Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte, ou CCDRN), a emissão de parecer favorável ao licenciamento, pela Câmara Municipal de Vila do Conde, da construção de um edifício de três pisos na Rua ..., Freguesia do Mindelo (junto à Urbanização S. Pedro), no concelho de Vila do Conde, numa área classificada como “zona de risco” pelo Plano de Ordenamento da Orla Costeira de Caminha-Espinho (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 25/99, de 7 de Abril – POOC Caminha-Espinho), ao abrigo do disposto no art. 25.º, n.º 2, alínea *b*), do regulamento deste plano.

2. Em síntese, era alegado que o parecer favorável reclamado carecia de fundamentação e, ainda, que não seria admissível a construção em zonas de risco, por se tratar de zonas ameaçadas pelo avanço do mar, devendo antes proceder-se à retirada progressiva das edificações existentes (objectivo definido, tanto pelo POOC como, mais recentemente, pelo Programa Finisterra, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 22/2003, de 18 de Fevereiro).

3. Ouvida a CCDRN, esta viria a responder através do seu ofício de 08.01.2004, expondo, em síntese, que, embora tal fundamentação não conste do texto do parecer emitido, a decisão assentou nos seguintes critérios:

- a) Integração do terreno em questão em área classificada pelo POOC como “área de aplicação regulamentar dos PMOTs, definida, pelo Plano Director Municipal de Vila do Conde, como “zona de construção tipo II”;

- b) O limite do terreno distar 180 m. da linha máxima de preia mar e 130 da margem das águas do mar, existindo construções a norte e a sul, no mesmo alinhamento;
 - c) Haver conhecimento de que a linha de costa se tem mantido estável naquela zona, existindo obras de protecção aderentes;
 - d) O facto de a zona não ter ainda sido delimitada como “zona ameaçada pelo mar”, nos termos do disposto no art. 13.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 25 de Novembro;
 - e) Foi igualmente esclarecido, pela CCDRN, que:
 - i. As construções situadas dentro da margem das águas do mar são objecto de parecer negativo;
 - ii. As restantes edificações situadas em zona de risco são analisadas caso a caso, sendo admitidas, genericamente, construções nas condições da reclamada, ao abrigo da permissão conferida pelo art. 25.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento do POOC de Caminha-Espinho;
 - iii. Os critérios genéricos de decisão são: distância às águas do mar, estabilidade da linha de costa, existência de obras de protecção e seu desempenho, adequação ao estabelecido nos PMOTs e localização face às demais construções existentes;
 - iv. Estando definidas diversas “zonas de risco” no POOC de Caminha-Espinho, as decisões de emissão de parecer são diversas, tanto em sentido favorável como desfavorável.
4. Analisado o regime de uso do solo aplicável à construção reclamada, ao abrigo do qual foi emitido o contestado parecer, constata-se que:
- a) O terreno em questão se encontra classificado como “zona de risco”, integrado em “área de aplicação regulamentar do PMOT”, nos termos do disposto no art. 25.º, n.º 1 do Regulamento do POOC de Caminha-Espinho, que dispõe que «A zona de risco inclui as faixas de aplicação regulamentar dos PMOT onde se prevê o avanço das águas do mar».
 - b) Nos termos do art. 21.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento do POOC, as “áreas de aplicação regulamentar dos PMOT” integram as “áreas inseridas em perímetros urbanos delimitados nos PMOT e em que

- o POOC não introduza alterações aos respectivos parâmetros urbanísticos”;
- c) Destas áreas, excluem-se, nos termos do n.º 3 do art. 21.º, determinadas áreas consideradas essenciais para a estabilidade do litoral (designadamente, zonas com elevado risco de erosão), classificadas como APC (“áreas de protecção costeira”);
 - d) Assim, nos termos do disposto no art. 21.º, n.º 1, alínea *l*), nas áreas classificadas como “zonas de risco”, aplica-se o disposto no art. 25.º do Regulamento do POOC, que dispõe que:
 - i. Quando, por haver previsão técnica do avanço das águas do mar sobre terrenos situados fora da margem das águas do mar, esses terrenos sejam classificados como “zonas ameaçadas pelo mar” por Decreto do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Habitação, nos termos do disposto no art. 13.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 25 de Novembro (com a redacção introduzida pela Lei n.º 16/2003, de 4 de Junho), aplica-se o regime estabelecido nessa lei, acompanhado por um conjunto de medidas destinadas a “equacionar a retirada progressiva das construções existentes nessa área” (art. 25.º, n.ºs 1 e 4, do Regulamento do POOC);
 - ii. Enquanto (ou quando) não ocorra tal delimitação, são genericamente proibidas construções novas dentro da margem das águas do mar, sujeitando-se as restantes – a par de outras operações urbanísticas e instrumentos de regulação do uso do solo – a parecer vinculativo da (actual) CCDR ou do ICN, conforme o terreno se insira ou seja contíguo à área de jurisdição destes organismos, com menção obrigatória, nos alvarás de licenciamento de operações urbanísticas, de que estas se situam em zona de risco (art. 25.º, n.º 2, alíneas *a*), *b*) e *c*), do Regulamento do POOC;
 - e) Assim, o facto de, numa zona contígua à margem das águas do mar, ser previsível o avanço destas águas, não implica, necessariamente, nem a existência de um elevado risco de erosão (que justificaria a sua classificação como APC e a sua exclusão da “área de aplicação regulamentar dos PMOT”, nos termos do disposto no art. 21.º, n.º 3, alínea *a*), do referido Regulamento), nem a exis-

- tência de uma previsão técnica (entendida como previsão dotada de um elevado grau de certeza, segundo critérios científicos adequados) de avanço das águas do mar, para o efeito da sua delimitação como “zonas ameaçadas pelo mar”, nos termos do disposto no art. 13.º do Decreto-Lei n.º 468/71 (previsibilidade previsão);
- f)* Não é, portanto, de estranhar que, as “zonas de risco” possam permanecer sem classificação como “zonas ameaçadas pelo mar”, aplicando-se o regime de uso do solo definido nos planos municipais: basta, para tal, que não exista uma previsão técnica de avanço das águas do mar;
- g)* Nestes casos, a prevenção e controlo do risco de avanço do mar processam-se de acordo com o estatuído nas alíneas *a)* a *d)* do citado preceito regulamentar, ou seja, através da emissão do parecer vinculativo previsto na alínea *b)*, à luz dos critérios adoptados pelo órgão ao qual é atribuída competência para o efeito;
- h)* No que respeita ao alegado dever de proceder à retirada progressiva das habitações de uma “zona de risco”, recorda-se que nos termos do disposto no art. 25.º, n.º 4, do citado Regulamento, o estabelecimento de medidas nesse sentido apenas tem lugar quando esta seja delimitada como “zona ameaçada pelo mar”;
- i)* O regime de uso das “zonas de risco”, estabelecido nos arts. 21.º e 25.º do Regulamento do POOC não revela, portanto, nenhuma incongruência ou inadequação susceptível de ser questionada;
- j)* Por fim, no regime do parecer vinculativo previsto no art. 25.º, n.º 2, alínea *b)*, do Regulamento do POOC, não são estabelecidos condicionamentos relativos ao conteúdo dos pareceres como, por exemplo, critérios ou requisitos para a emissão de parecer favorável, sendo apenas de assinalar a finalidade de prevenir os riscos associados à erosão da linha costeira e ao avanço das águas do mar.
5. Por outro lado, no que respeita à decisão de emissão de parecer favorável reclamada, conclui-se o seguinte:
- a)* Dada a falta de condicionamentos legais ou regulamentares sobre os critérios para a emissão de parecer favorável, a definição destes critérios e a sua aplicação (ainda que resumida à apreciação dos conceitos neles implícitos) assumem natureza discricionária, votada ao fim da prevenção do risco de avanço das águas do mar;

- b) Alguns dos critérios adoptados pela CCDRN (enunciados no ponto 4., e), iii., supra) podem suscitar dúvidas, designadamente:
- i. o da *adequação ao estabelecido nos PMOTs*, por não se afigurar dirigido ao fim estabelecido no art. 25.º do Regulamento do POOC nem integrado nas atribuições e competências dos organismos da Administração Central em questão, atento o disposto no art. 105.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, e no art. 19.º, n.º 10, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro;
 - ii. e o da *localização face às demais construções existentes*, por não ser clara a sua relevância para a análise do perigo decorrente do licenciamento da construção objecto do parecer para a estabilidade da linha costeira e para a segurança contra o risco de avanço das águas do mar);
- c) Contudo, os restantes – distância às águas do mar, estabilidade da linha de costa e existência de obras de protecção e seu desempenho – afiguram-se inquestionáveis e bastantes, por si, para assegurar uma ponderação adequada dos bens em presença;
- d) Por fim, confirma-se a falta de fundamentação do parecer reclamado, em contrariedade com o estabelecido no art. 99.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo;
- e) Note-se que a falta de fundamentação de um acto administrativo não significa, necessariamente, que o mesmo tenha sido praticado sem ponderação dos factores necessários para a decisão, assim como não atesta qualquer ilegalidade substancial;
- f) Porém, mesmo nos casos em que a fundamentação não seja obrigatória, a sua prática apenas beneficiaria a transparência, a racionalidade das decisões e – por permitir o controlo da motivação das decisões – o acesso aos meios administrativos e judiciais de tutela;
- g) Por fim, sendo o parecer reclamado ilegal, por falta de fundamentação, não deixa de se reconhecer que a invalidade daqui decorrente – que se considera ser a mera anulabilidade do acto, nos termos do disposto no art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo – se encontra sanada pelo decurso do prazo máximo de impugnação ou de revogação (1 ano, contado desde a

sua emissão, nos termos do disposto nos arts. 127.º, n.º 1, e 141.º, do Código do Procedimento Administrativo, e do art. 28.º da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos – Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho).

6. Assim, embora se considere procedente a presente reclamação, no que respeita à falta de fundamentação do parecer, constata-se que tal vício se encontra sanado, não se justificando, portanto, da parte do Provedor de Justiça, outra actuação para além do envio de uma chamada de atenção à entidade visada (actualmente, a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional) para a ilegalidade detectada e para o dever de, em futuros procedimentos, assegurar a devida fundamentação dos pareceres por si emitidos, arquivando-se o presente processo, nos termos do disposto no art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

R-3539/03

Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Lisboa

Assunto: Ambiente – área florestal – campo de tiro – segurança – ruído – contaminação de solos – fiscalização.

1. A Provedoria de Justiça vem averiguando, desde há perto de um ano, junto dos serviços da Câmara Municipal de Lisboa e do Instituto de Desporto de Portugal a situação de campo de tiro, cujos inconvenientes para a população e para os recursos naturais do Parque Florestal de Monsanto são reclamados: ruído intenso imputado aos disparos, contaminação dos terrenos circundantes, risco para a integridade das pessoas, deterioração da fauna e da flora. Apesar de se tratar de uma área eminentemente florestal há porém edificações habitacionais não muito distantes, na Freguesia de S. Domingos de Benfica (Bairro do Calhau e Cruz de Pedra).

2. O reclamante, devidamente identificado, exibiu-nos cópia de uma comunicação da Direcção Municipal de Ambiente e Espaços Verdes, já de

29.08.2001, em cujo teor, se dava conta de negociações com os responsáveis pelo campo de tiro, de modo a conter os impactes negativos, compreendendo até a desactivação das pistas de tiro.

3. Na sua edição de 11.03.2002, o “Público” noticiava um estudo de 1998, onde se apontava para níveis elevados de contaminação dos solos, quer na zona do próprio clube quer no adjacente Centro de Interpretação do Parque Ecológico de Monsanto.

4. Das múltiplas averiguações que a Provedoria de Justiça empreendeu não é possível concluir pela irrepreensibilidade da conduta dos poderes públicos. Procurou indagar-se, a título principal, o seguinte:

- a. do licenciamento do campo de tiro;
- b. da observância de prescrições técnicas para segurança e para contenção do ruído;
- c. do título que justifica o uso dos terrenos compreendidos no perímetro afecto ao campo de tiro;
- d. da sequência concedida às reclamações apresentadas;
- e. das diligências empreendidas pelos poderes públicos, em especial, pela câmara municipal, para avaliar a incomodidade imputada às detonações.

5. Em síntese, a Provedoria de Justiça observou os seguintes factos:

- a. Em 1962, o município de Lisboa autorizou a construção do recinto ⁹⁰ e concessionou o local ao Clube Português de Tiro ao Chumbo;
- b. A título precário, cedeu o uso privativo a este clube de 60 000 m² de terreno ⁹¹, a que acresceriam novas cedências, ulteriormente;
- c. Assim, em 1982, encontrava-se cedida uma área aproximada de 134 200 m², arrecadando o município, em contrapartida, uma taxa mensal de Esc.7 808\$00, para além de uma participação de 10% nas receitas por utilizações não desportivas;
- d. O uso privativo foi concedido por quinze anos, sem embargo de prorrogações sucessivas por dez anos, a menos que, por prévio aviso de seis meses, fosse dada por finda a ocupação;

⁹⁰ Processos n.º 42054/62, n.º 39 886/64 e n.º 47 772/64.

⁹¹ Escritura pública lavrada em 14.02.1962.

e. O concessionário ficou obrigado a manter o terreno, a florestar segundo indicações municipais e a preservar as construções em perfeito estado de conservação, revertendo gratuitamente as benfeitorias para o município por caducidade ou por resgate da concessão;

f. Nunca, porém, foi verificada a adequação das instalações do campo de tiro por parte do Instituto do Desporto de Portugal, nem das instituições que o precederam nas mesmas atribuições ⁹²;

g. Nem os serviços municipais terão desenvolvido uma acção de fiscalização para conhecer dos riscos e incómodos relatados nas queixas apresentadas;

h. O IDP considera que a sua intervenção, na falta do regulamento para que remete o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 317/97, de 25 de Novembro, não teria consequência alguma.

6. Senhor Presidente, não é tanto a falta de intervenção do IDP que me deixa preocupado, uma vez que esta se dirige à organização funcional e desportiva do campo de tiro. É principalmente, a delonga na acção municipal, ora como cedente do uso privativo, ora como autoridade de polícia administrativa no domínio ambiental.

7. Nos termos do disposto no artigo 17.º do citado Decreto-Lei n.º 317/97, a emissão da licença de funcionamento depende de prévia vistoria, é titulada por alvará do IDP, mas pressupõe a licença de utilização deferida pela Câmara Municipal de Lisboa.

8. Importa designadamente verificar o disposto nos artigos 96.º e 97.º do Regulamento das Condições Técnicas e de Segurança dos Recintos de Espectáculos e Divertimentos Públicos. Importa ver observado o Regulamento Geral sobre o Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro, e não menos, saber se o concessionário vem cumprindo as obrigações que assumiu perante o município e que dizem respeito ao interesse geral.

9. O facto de o campo de tiro não dispor de licença alguma não deve nem pode ser visto como a simples inobservância de uma formalidade. A sua

⁹² Ofício de 10 Nov. 2004.

falta representa a inexistência de um controlo administrativo que a actividade em questão, pela sua própria natureza, evidencia como necessário.

10. O sentido da presente intervenção é, por conseguinte, e no essencial, o de encontrar da parte do município superiormente representado por Vossa Excelência um completo e cabal esclarecimento sobre o que se propõem empreender as autoridades municipais para garantir as condições mínimas do campo de tiro reclamado.

11. Permita-me que, no exercício da faculdade que me concede o disposto no artigo 29.º, n.º 4, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, determine um prazo de trinta dias para a resposta.

R-4348/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Cadaval

Assunto: Urbanismo – obras particulares – edificações urbanas – afastamentos – salubridade – RGEU.

1. Analisámos aturadamente os esclarecimentos prestados por V. Ex.^a, por via de ofício. Desta análise concluímos preliminarmente que a observância do disposto no artigo 73.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas não estará a ser adequadamente garantida.

2. Esta norma, cujo escopo é o de preservar condições mínimas de ventilação e insolação no interior das edificações, impede que os obstáculos às janelas sejam superiores a metade da distância que os separa, num mínimo de três metros.

3. Não se trata simplesmente de regular a abertura de novas janelas, de modo a impedir que estas não sirvam o seu propósito funcional, mas também o de impedir que em face de janelas das habitações sejam posteriormente executados novos obstáculos (muros, empenas ou fachadas) tanto pelo proprietário como pelos vizinhos confinantes.

4. Este entendimento encontra hoje plena aceitação na jurisprudência (v.g. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 25.10.1990, e de 7.06.1994, proferidos, respectivamente, nos processos n.º 24.912 e n.º 33.836).

5. Neste último, pode ler-se: «O artigo 73.º do RGEU é uma norma relacional, isto é, destinada a assegurar uma distância mínima entre construções confinantes. Como norma relacional, é aplicável tanto às novas construções, como tendo em vista assegurar o arejamento e insolação das já existentes».

6. Por conseguinte, independentemente de quaisquer questões puramente privadas (v.g. servidão de vistas), não se vê como possa a janela da casa da reclamante deixar de ser protegida pelo disposto no artigo 73.º.

7. E mais importa fazer notar que o afastamento imposto por esta norma de ordem pública é relativo ao obstáculo e não à estrema dos prédios. Não nos parece ser oponível à reclamante ter edificado junto à estrema, a menos que alguma postura municipal ou o próprio PDM o impedissem.

8. Para além da pronúncia que de V. Ex.^a solicitamos quanto aos aspectos enunciados, dignar-se-á esclarecer-nos, ainda, quanto a outras questões:

- a) do fim a que se destina a edificação reclamada;
- b) da instauração de procedimento contra-ordenacional ao reclamado particular;
- c) das consequências do incumprimento da ordem de embargo, nomeadamente, a participação ao Ministério Público.

R-4404/03

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal da Amadora

Assunto: Urbanismo – obras particulares – indeferimento – contrato de urbanização – Plano Director Municipal – aplicação no tempo – usucapião – trânsito em julgado.

I

1. Através de comunicação, foi respondida a nossa anterior solicitação, no sentido de averiguar as razões que pudessem explicar a contradição entre a informação prévia desfavorável, ao requerimento dos interessados, e as prescrições contidas nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis.

2. Com efeito, no PDM da Amadora, o terreno em questão insere-se em área (unidade operativa n.º 2) para onde é permitida a edificação (alta densidade construtiva).

3. Em síntese, oferece V. Ex.^a, como resposta o seguinte:

a. em primeiro lugar, a propositura de acção administrativa especial por parte das requerentes, ora reclamantes;

b. em segundo lugar, o denominado Contrato de Urbanização C15, outorgado entre o município de Oeiras (antecessor do município da Amadora) e o Sr. ... (falecido), em 26.11.1958, onde se previra a doação do aludido terreno adstrito ao uso como zona verde;

4. Da análise das razões avançadas por V. Ex.^a, conclui pela utilidade em prosseguirmos a nossa intervenção, para o que se solicita nova pronúncia de V. Ex.^a.

II

5. Em relação à concomitante ou superveniente propositura da acção administrativa especial, haveria de ponderar-se a utilidade em ver prosseguida a intervenção deste órgão do Estado, por se prestar este meio à plena garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos das reclamantes.

6. Já que nada impede o Provedor de Justiça de exercer os meios que a Constituição e a lei lhe facultam na pendência dos meios jurisdicionais: «A actuação e intervenção do Provedor de Justiça não é limitada pela utilização de meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis nem pela pendência desses meios...» (artigo 21.º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

7. Poderia então considerar-se que, na eventualidade de ter já sido contestada pela câmara municipal a petição inicial não pudesse V. Ex.^a revogar o acto desfavorável. Isto, por força do disposto no artigo 141.º, n.º 2, parte final, do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

8. Contudo, o novo Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) veio alterar significativamente aquela norma do CPA, amputando-a precisamente do referido inciso, onde se condicionava o prazo para resposta da recorrida ao termo do prazo para resposta no recurso contencioso de anulação.

9. Hoje é possível ao órgão com poderes de revogação exercê-los, na pendência da acção administrativa, não apenas até ao termo do prazo para contestar, como a todo tempo, dada a falta de limitação temporal alguma nos artigos 64.º e 65.º do CPTA (neste sentido, v. PAULO OTERO, Impugnações Administrativas, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 28, 2001, p. 53).

10. E bem assim de praticar acto contrário que, no caso presente, seria deferir informação prévia favorável.

11. À utilidade que, em abstracto, adquire a fiscalização exercida pelo Provedor de Justiça há-de acrescer porém uma concreta utilidade e significado.

12. O Provedor de Justiça não é simplesmente um órgão de controlo e protecção da legalidade. Cumpre-lhe outrossim adoptar procedimentos que obviem a situações que considere manifestamente injustas, nomeadamente quando observe a imposição de um sacrifício excessivo aos particulares no cotejo com a utilidade retirada para o interesse público.

13. É neste sentido que por, este meio, se vem sugerir a reponderação do assunto reclamado e com base no que seguidamente se verá.

III

14. Ora, aponta V. Ex.^a como impedimento absolutamente dirimente à edificação o facto de o prédio em questão ser objecto do Contrato de Urbanização C15 que o afectaria a zona verde.

15. Fica contudo por explicar como pôde conformar-se com tais prescrições o licenciamento das edificações sitas à Rua Caminho da Fonte, n.º 22 e n.º 24 (Proc.º 1013-Oct/66) e o licenciamento de uma igreja sita à Rua Primeiro de Dezembro, 48-A (Proc.º107/PO/96).

16. Isto, porque parecem encontrar-se sob a incidência da mesma prescrição do aludido contrato.

Dignar-se-á V. Ex.^a explicar-nos como pôde ser dado aproveitamento urbanístico diferenciado às situações descritas.

17. A eficácia de tal contrato de urbanização mostra-se, de todo o modo, extremamente duvidosa.

18. Opõe V. Ex.^a que o mesmo constitui um instrumento urbanístico, equivalendo a um alvará de loteamento urbano, o que o manteria incólume às

supervenientes disposições planificatórias sobre a classificação do uso para o referido prédio.

19. É certo que as prescrições contidas em alvará de loteamento urbano sobrevivem, regra geral, ao disposto em planos urbanísticos supervenientes.

20. Esta ideia encontrava eco, claramente, no artigo 37.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, ao prever-se a alteração das condições definidas em alvará de loteamento por iniciativa municipal, «desde que tal alteração seja necessária à regular execução de plano regional do plano regional ou municipal de ordenamento do território».

21. Só a título excepcional se admitia o contrário, como sucedeu com o Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro, obrigando à verificação da compatibilidade de anteriores alvarás de loteamento com posteriores planos regionais de ordenamento do território, sob pena de caducidade.

22. O que falta porém demonstrar é que o Contrato de Urbanização C15 seja de equiparar a um alvará de loteamento.

23. Uma coisa é certa. O contrato remonta a um tempo anterior à publicação do Decreto-Lei n.º 46.673, de 29 de Novembro de 1965, diploma que veio consagrar, pela primeira vez a licença de loteamento urbano e suprir a necessidade – como se afirma no seu preâmbulo – de conceder à Administração Pública um meio eficaz de sustentar «aglomerados habitacionais criados sem sujeição a qualquer disciplina».

24. E, de resto, o legislador não enjeitou loteamentos anteriores à publicação deste decreto-lei, como até lhes fez aplicar o novo regime jurídico, mas apenas e tão-só no que concerne aos lotes de terreno onde ainda não se tivessem iniciado as edificações (artigo 18.º).

25. Importava, além disso, de acordo com o citado artigo 18.º, que preenchessem dois requisitos: ou que se integrassem em plano ou antepiano de urbanização aprovado ou que não tivessem sido autorizados pelas câmaras municipais ou pela Administração Central.

26. Na hipótese de o aludido contrato ter sido integrado no designado Plano Parcial de Urbanização a Poente da Vila, então terá caducado por via do disposto no artigo 89.º do Regulamento do Plano Director Municipal da Amadora (ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 44/94, de 22 de Junho).

27. A referida disposição final do Decreto-Lei n.º 46.673 revela como finalidade a de subordinar a licença de loteamento as operações já ini-

ciadas, embora não executadas e só em tal caso, evidentemente, poderia falar-se de alvará de loteamento.

28. No mais, o contrato de urbanização não é, nem poderia ser equiparado ao alvará de loteamento. Com efeito, através do Parecer n.º 89/1946, de 17 de Outubro, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, deliberara serem nulos e de nenhum efeito jurídico-administrativo os contratos de urbanização, figura *sui generis* não contemplada no Código Administrativo nem em lei especial.

29. Se a licença de uma operação de loteamento deve ser considerada como acto constitutivo de direitos ou como caso resolvido e se é possível desdortinar nas condições estipuladas uma natureza próxima ao regulamento administrativo, já não se vê como poderia um contrato de urbanização extravasar do seu âmbito meramente obrigacional e *inter partes*.

30. A figura do contrato de urbanização haveria de ser retomada nos artigos 44.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, precisamente com o sentido de um contrato administrativo entre o município, o interessado e terceiros, quando necessária a intervenção destes nas obras de urbanização.

31. Por outro lado, é certo que os Srs. ... doaram ao município de Oeiras, por escritura lavrada em 4.10.1961, o prédio em questão.

32. Mas não é menos certo que por decisão judicial transitada em julgado foram as reclamantes reconhecidas como suas proprietárias por usucapião, em acção jurídica real e, como tal, oponível *erga omnes*.

33. A usucapião ou prescrição aquisitiva é modo de aquisição originária – e não derivada – o que significa que se mostram inoponíveis ao adquirente os vínculos, restrições ou limitações de natureza obrigacional que adstringissem o anterior possuidor (v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8.06.1993, Proc.º 83466, CJ, 1993, 2, p. 142): o município, confinado que se encontrava a respeitar a vontade dos doadores Srs.

34. Só estes aliás teriam legitimidade para vir exigir ao município da Amadora o cumprimento do encargo modal da doação. E já não poderiam fazê-lo a terceiros até porque este encargo nunca foi inscrito no registo predial por parte do município de Oeiras nem tão-pouco pelo município da Amadora, quando lhe sucedeu nos direitos e obrigações.

Dignar-se-á V. Ex.^a, Senhor Presidente, pronunciar-se sobre as objecções apontadas à pretendida eficácia e validade do Contrato de Urbanização C15.

IV

35. Do ponto de vista ético, parece-me que a posição adoptada pelo município da Amadora não se encontra inteiramente justificada.

36. E é este o motivo determinante para prosseguirmos a intervenção deste órgão do Estado, em concomitância com acção administrativa especial que corre os seus termos.

37. Quer-nos parecer que o município da Amadora, ao insistir em fazer valer a sua posição está também a infringir um dever moral e de justiça que o levaria a rever o seu entendimento.

38. Com efeito, desde que recebeu o prédio – por transferência do município de Oeiras – o município da Amadora jamais parece ter retirado utilidade do imóvel, cujo estado de abandono é reconhecido pelos moradores locais como fonte de insalubridade.

39. Desde 1961 que nem o município de Oeiras nem, depois, o município da Amadora lograram atribuir ao prédio as condições mínimas para que pudesse vir a ser fruído como zona verde pelos moradores da urbanização, supostamente titulada ainda pelo Contrato C15, de 1958.

40. E mais. Parece não ter hesitado em licenciar outras edificações em terrenos que se encontrariam sob a mesma vinculação contratual.

41. O desinteresse municipal pelo terreno vai ao ponto de o sempre citado contrato de urbanização permanecer arquivado no município de Oeiras, a cujos serviços as reclamantes se deslocaram para conhecer o seu exacto teor.

42. Não se vê como possa o município da Amadora pretender que um acto em tudo equivalente a um instrumento de gestão territorial da Amadora continue depositado na Câmara Municipal de Oeiras, ao cabo de quase trinta anos de secessão.

Solicito de V. Ex.^a que se pronuncie também acerca destas considerações, a menos que concedendo na injustiça da posição adoptada venha determinar a revogação do acto praticado, com efeitos retroactivos, e dispor-se a apreciar novo pedido de informação prévia estritamente à luz dos instrumentos de gestão territorial aplicáveis, ao tempo.

Entidade visada: Câmara Municipal de Odivelas (Vereador com o pelouro da Habitação)

Assunto: Urbanismo – conservação – edificações urbanas – medidas de polícia administrativa – ilícito de mera ordenação social – interesse público – função administrativa – função jurisdicional.

1. Informo V. Ex.^a ter determinado o processo instruído sobre queixa relativa ao assunto identificado em epígrafe, mas não sem deixar de formular chamada de atenção à Câmara Municipal de Odivelas, assente numa apreciação negativa que faço da intervenção dos seus serviços, no presente caso.

2. Assim, entendo que a questão que opõe o Sr. à Câmara Municipal de Odivelas, e que justificou a sua reclamação a este órgão do Estado, apresenta-se descentrado do seu objecto principal.

3. Com efeito, é à administração do condomínio e os demais condóminos proprietários de fracções no Largo, em Caneças, que o referido município deve opor a sua pretensão, valendo-se do recurso aos tribunais comuns se necessário for.

4. A provar-se que as infiltrações manifestadas no interior da sua fracção são devidas ao mau isolamento do terraço superior e sendo este parte comum, poderá o tribunal competente condenar os condóminos a providenciarem pela reparação dos prejuízos sofridos e, bem assim, a providenciarem por que, no futuro, cessem as infiltrações.

5. Por conseguinte, concluo que, a título principal, a questão controvertida é de natureza privada, motivo por que encaminhei o município para as instâncias próprias.

6. Mas esta conclusão não permite postergar o interesse público na salubridade das edificações, o qual, delimitado como atribuição municipal, justifica as competências das câmaras municipais – ou do seu presidente e vereadores, por delegação de poderes – enunciadas no artigo 64.º, n.º 5, alíneas b) e c), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, a saber, «realizar vistorias e executar, de forma exclusiva ou participada, a actividade fiscalizadora atri-

buída por lei» e «ordenar, precedendo vistoria (...) a beneficiação de construções que (...) constituam perigo para a saúde ou segurança das pessoas».

7. Se a intervenção municipal não é determinante para satisfazer a reparação dos prejuízos sofridos pelo reclamante, o certo é não poder a Câmara Municipal de Odivelas alhear-se da questão.

8. Neste sentido, verifico que, apesar de intimada a administração do condomínio, em 19.05.2003, para executar obras de reparação no terraço, e nada tendo a mesma providenciado, nada veio a ser concretamente providenciado pela autoridade municipal.

9. A substituição à administração do condomínio, embora a expensas desta, constitui um poder discricionário da câmara municipal, mas nem por isso pode V. Ex.^a limitar-se a fazer apelo a uma tradicional opção administrativa de não substituição coerciva, principalmente, antes da vistoria ser realizada.

10. Na verdade, o disposto no artigo 166.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, embora tenha sido mantida a vigência do disposto no artigo 12.º.

11. Quer isto dizer que não mais podem as câmaras municipais, independentemente de vistoria, substituir-se aos proprietários na execução das pequenas obras de reparação sobre roturas e obstruções das canalizações nem nas coberturas que apresentem deficiências.

12. Podem, todavia, como fez a Câmara Municipal de Odivelas, em 19.05.2003, intimar à sua execução e, verificado o incumprimento da intimação, instaurar o procedimento contra-ordenacional próprio, com fundamento no disposto pelo artigo 162.º, § 3.º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

13. Não posso deixar, por outro lado, de apreciar negativamente o facto de a câmara municipal, desde que foi interpelada pelo queixoso e, em 20.01.2004 não ter ainda realizado a vistoria à edificação que lhe permita ordenar a execução das obras de conservação que se mostrem necessárias (artigos 89.º, n.º 2, e 90.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro).

14. Ao cabo de seis meses, V. Ex.^a vem arguir a necessidade de realizar uma vistoria porque as obras em falta ultrapassam a escala do artigo 12.º do RGEU.

15. Parece, precisamente, que este juízo antecipa a gravidade da situação e reclamaria justamente uma intervenção mais oportuna da autoridade municipal.

16. Sobre quando e como não me devo pronunciar, sob pena de formular um juízo de mérito, mas certamente com maior brevidade, ainda que sejam muitas as situações a que a Câmara Municipal de Odivelas tenha de acudir.

17. Em síntese, Senhor Vereador, o nosso entendimento é o de que, apesar da necessidade de o proprietário vir a propor acção judicial para obter a reparação dos prejuízos, não deve a Câmara Municipal de Odivelas deixar o interesse público na salubridade das edificações subordinado à iniciativa dos particulares individualmente lesados, sob pena de comprometer indelevelmente tarefas públicas que se encontram na razão de ser das autarquias locais.

18. Uma e outra intervenções completam-se: a do particular, providenciando pelo ressarcimento a que tenha direito, a do município, zelando pela perenidade das edificações urbanas e pelas condições mínimas de conservação.

R-409/04

Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Instituto das Estradas de Portugal

Assunto: Obras públicas – expropriação por utilidade pública – declaração de utilidade pública – posse administrativa de área superior – despesas desaproveitadas – contribuição autárquica.

1. Acusamos a recepção, em 26.07.2004, do ofício de V. Ex.^a.
2. Vem o Instituto das Estradas de Portugal reconhecer não ter completado o pagamento do valor pela totalidade da área de que foi investido na posse, dispondo-se a providenciar pela rectificação da declaração de utilidade pública, de modo a habilitar a entrega do remanescente.
3. Isto, porque terá sido extrapolada a área originariamente prevista como necessária.

4. Pondero, no entanto, que a situação das proprietárias não resulte inteiramente salvaguardada, para o que solicito sejam tomadas em linha de conta as seguintes considerações:

a. Ao ter extravasado a área compreendida na declaração de utilidade pública, o Instituto das Estradas de Portugal empreendeu aquilo que é designado como via de facto.

b. Trata-se de executar operações materiais não habilitadas por acto administrativo necessário, o que determina, no presente caso, a posse sem título de mais 1480 m² da parcela n.º 63-A e de mais 284 m², em relação à parcela 63-B.

c. É certo que as proprietárias das parcelas anuíram à aquisição pelo IEP da área a mais, facto que terá contribuído, naturalmente, para o bom andamento dos trabalhos de construção.

d. Poderiam legitimamente ter-se oposto, mas não o fizeram e parece-nos que actuaram de boa fé, esperando que o IEP viesse a diligenciar com brevidade pelas correcções necessárias.

e. Acontece, porém, que já decorreram mais de três anos e que as proprietárias vieram a ser lesadas por prejuízos que a indemnização calculada nos termos comuns não permitirá reparar.

f. Com efeito, tiveram de cumprir as obrigações tributárias próprias – designadamente, pagamento de contribuição autárquica – e ficaram privadas do uso da área remanescente das parcelas.

g. E, segundo nos transmitiram, enquanto não dispuserem dos autos de expropriação amigável estão impossibilitadas de proceder à rectificação das áreas (mesmo das áreas expropriadas) para efeitos cadastrais, junto do Instituto Geográfico Português.

h. A rectificação da DUP permite ao Instituto das Estradas de Portugal suprimir o erro material a que são alheias as proprietárias e este acto produzirá efeitos retroactivos (artigo 148.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo).

i. Contudo, assim, sem mais, ficam por reparar as despesas desaproveitadas feitas pelas reclamantes e fica por reparar a mora no pagamento do valor acordado.

●
●
●
Ambiente e recursos naturais...

j. Parece-nos justo que às proprietárias sejam ressarcidas por todas as despesas praticadas com o cumprimento das obrigações fiscais e que, bem assim, lhes sejam pagos os juros relativos à dilação.

5. Dignar-se-á V. Ex.^a transmitir-nos a posição que vier a ser adoptada, relativamente ao assunto, para o que antecipadamente agradeço a V. melhor atenção.

R-688/04

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Tomar

Assunto: Urbanismo – licença de obras – encargos com infra-estruturas – interpretação da condição – licença de utilização.

§ 1.º

1. Temos presente o teor das informações prestadas através da comunicação referenciada e de onde se conclui que a Câmara Municipal de Tomar condicionara o deferimento da licença de construção ao encargo de providenciar pela extensão da rede pública de abastecimento de água desde o seu termo mais próximo ao local da edificação.

2. Ao tempo, o Regime do Licenciamento Municipal de Obras Particulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, admitia claramente esta faculdade, no artigo 63.º, n.º 4.

3. A ausência de arruamentos ou de infra-estruturas de abastecimento de água constituía motivo para poderem as câmaras municipais indeferir pedidos de licenciamento de obras particulares (artigo 63.º, n.º 2, alínea a)), mas discricionariamente podiam as câmaras municipais rever a sua deliberação na «*condição de execução por parte do requerente e a cargo deste, das obras cuja necessidade de execução decorra directa e exclusivamente da realização do empreendimento ou que nele se integrem*» (n.º 4).

4. O requerente terá aceitado um encargo, propondo-se executar o *ramal de abastecimento de água* ao imóvel de sua propriedade.

5. Uma vez que esta condição não teria sido cumprida, haveria fundamento para não deferir a licença de utilização da moradia edificada.

§ 2.º

6. No entanto, valerá a pena identificar concretamente o encargo imposto como condição ao requerente:

a. na memória descritiva consta o seguinte: «a tomada de água será efectuada a partir de nascentes de água existentes, sendo ligada à rede pública, através de um ramal de ligação ao edifício, logo que executada a rede naquela área, o que se prevê ainda durante a execução da obra»;

b. o interessado reconheceu a falta de execução do *ramal de abastecimento*, em 20.11.2000;

c. não se encontra nas condições estipuladas com o deferimento da licença referência alguma ao encargo com a rede pública;

d. tão-pouco na deliberação de 3.03.2003 se faz expressa referência a um encargo com a extensão da rede pública, apenas se aludindo à ligação à rede pública de distribuição de água;

e. de resto, o parecer n.º 30/03, de 18.02.2003, homologado por esta última deliberação mostra-se inteiramente favorável ao deferimento da licença de utilização sem nada adiantar quanto ao suposto encargo de providenciar pela extensão da rede pública.

7. Parece divisarem-se dois elementos distintos: por um lado (i) a conduta da rede pública, por outro (ii) o ramal de ligação do imóvel à rede pública.

§ 3.º

8. A autonomia destes dois elementos não é ignorada nas pertinentes disposições regulamentares. Pelo contrário, é expressamente assumida, designadamente, nos artigos 32.º, n.º 1, e 37.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 23/95, de 23 de Agosto.

9. Encontrando-se os ramais de ligação no interior do imóvel e destinados exclusivamente a servi-lo competirá a sua execução ao interessado (artigo 37.º, n.º 1).

10. É pertinente suscitar a dúvida quanto à extensão do encargo do reclamante: estaria condicionado a executar a extensão da rede pública num segmento de 600 metros, aproximadamente e, por conseguinte, a prover pela satisfação de necessidades colectivas (outras sete moradias) ou tão-só a providenciar pela ligação entre o seu prédio e a rede pública de abastecimento de água, cujos trabalhos tem vindo a câmara municipal a desenvolver na freguesia.

§ 4.º

11. Como se viu já, era possível condicionar o deferimento da licença de construção à execução, por parte do requerente.

12. Jamais, porém, se descortinam elementos sólidos que provem ter a Câmara Municipal de Tomar exercido esta faculdade, quando, na verdade, dispondo o reclamante de licença de construção e de posterior licença para alterações e prorrogação dos trabalhos, cumpriria ao órgão presidido por V. Ex.^a revelar os factos constitutivos deste encargo.

13. Observe-se, aliás, que não por acaso, o legislador estabeleceu requisitos formais para o designado deferimento condicionado das licenças de obras particulares.

14. Assim, no artigo 63.º, n.º 5, do citado Regime do Licenciamento Municipal de Obras Particulares, determinou a necessidade de um acordo escrito entre o requerente e o município e determinou ainda a publicação oficial do seu teor, «*devendo o mesmo identificar o valor pecuniário das obras a cargo do requerente*».

15. Solução análoga apresenta, hoje, o artigo 25.º, n.º 3, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

16. Em suma, tudo aponta para que ao reclamante apenas deva ser exigida a ligação à rede pública quando esta, com efeito, vier a ser executada pelo município de Tomar.

§ 5.º

17. Em face de quanto vem exposto, não encontro motivo bastante para que a Câmara Municipal de Tomar se recuse a deferir ao reclamante o pedido de licença de utilização que este oportunamente apresentou.

18. Queira V. Ex.^a pronunciar-se acerca das conclusões preliminares enunciadas na presente comunicação.

R-895/04

Assessor: Miguel Feldmann

Entidade visada: Câmara Municipal de Lisboa (Vereadora com o pelouro do Urbanismo)

Assunto: Urbanismo – licença de utilização – cabeleireiro – centro de estética – procedimento administrativo – alteração do uso.

§ 1.º

1. Reportamo-nos ao teor de ofício, através do qual foram prestados esclarecimentos acerca do assunto acima descrito.

2. Veio a munícipe, na qualidade de arrendatária da loja B, sita na Rua ..., Lote ..., Parcela ..., no Parque Expo, solicitar a intervenção deste órgão do Estado, opondo-se ao indeferimento de um pedido de licença de utilização como cabeleireiro/gabinete de estética.

3. Promovida a pronúncia do Director Municipal de Gestão Urbánística da Câmara Municipal de Lisboa para que esclarecesse a questão reclamada, foram-nos transmitidas informações, de acordo com as quais, o indeferimento fundamentara-se na falta de alvará de licença de utilização.

4. Acrescentava-se que, embora tivessem sido executadas alterações no seu interior, estas mostravam-se susceptíveis de dispensa de licenciamento, nos termos do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

§ 2.º

5. De acordo com o disposto no art. 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro – aplicável aos cabeleireiros e gabinetes de estética (Portaria n.º 33/2000, de 28 de Janeiro) – a abertura dos estabelecimentos abrangidos pelo diploma depende apenas de licença de utilização, a conceder nos termos daquele regime jurídico.

6. Esta licença parece constituir, relativamente àqueles estabelecimentos, a licença prevista no artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro ⁹³.

7. Não se compreende como pode a falta de licença de utilização justificar o indeferimento de um pedido, através do qual, se pretende, exactamente, obter tal licença.

8. A licença de utilização concedida ao abrigo do regime previsto pelo Decreto-Lei n.º 370/99, destina-se a verificar, para além da conformidade da obra concluída com o projecto aprovado, a adequação do estabelecimento ao uso previsto e a confirmar a observância das normas legais e regulamentares aplicáveis ao tipo de estabelecimento a instalar, nomeadamente as prescrições relativas às condições sanitárias e de segurança contra o risco de incêndio.

9. Como as obras de alteração no interior não apresentam relevância urbanística que obrigasse a um controlo prévio por parte da câmara municipal, conforme vem admitido pela Direcção Municipal de Gestão Urbanística ⁹⁴, o indeferimento da pretensão da queixosa só poderia ter como motivo a inadequação do estabelecimento ao fim pretendido ou o incumprimento das normas aplicáveis em matéria de salubridade e segurança.

10. Ora, tal não parece ter sucedido, pois, conforme resulta dos esclarecimentos prestados, o indeferimento do pedido de licença de utilização louvou-se, simplesmente, na circunstância de a fracção “... *não possuir alvará de utilização nos termos dos artigos 62.º e seguintes do Dec.-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção dada pelo Dec.-Lei n.º 177/2001, de 04 de Junho*”.

⁹³ Com a entrada em vigor do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que revogou o Decreto-Lei n.º 445/91, a remissão deve ser interpretada no sentido de se referir ao art. 62.º do regime em vigor.

⁹⁴ Ainda que tais obras estivessem sujeitas a comunicação prévia, a irregularidade decorrente da sua falta ter-se-ia convalidado pelo decurso do tempo.

§ 3.º

11. Em face de quanto vem exposto, parece não existir motivo bastante para que a Câmara Municipal de Lisboa se recuse a deferir o pedido de licença de utilização apresentado.

12. Queira, assim, V. Ex.^a comunicar-nos se pondera rever a posição assumida a respeito da pretensão da reclamante.

R-1028/04

Assessor: Cristina Sá Costa

Entidade visada: Director-Geral de Infra-estruturas do Ministério da Defesa Nacional

Assunto: Domínio público – Expropriação por utilidade pública – aquisição por terceiro – hasta pública – boa fé – publicidade – registo predial.

1. Recepcionada a comunicação de V. Ex.^a, e analisado o seu teor, inclinamo-nos para concluir, ainda que preliminarmente, quanto à relevância da omissão de registo predial da declaração de utilidade pública.

2. Conforme havia sido transmitido a V. Ex.^a, o reclamante opõe-se ao facto de não poder fruir de um prédio que, de boa fé, adquiriu num processo judicial, seguindo os trâmites devidos e desconhecendo que o mesmo havia sido expropriado.

3. Solicitados esclarecimentos ao Estado-Maior da Força Aérea, aquela entidade informou a Provedoria de Justiça de que havia remetido toda a documentação necessária a essa Direcção-Geral, para ser efectuada a “inscrição matricial e o registo a favor do Estado” das várias parcelas expropriadas para expansão da base aérea n.º 5, incluindo a n.º 614 – ponte.

4. Todavia, informou-nos V. Ex.^a que o registo não foi promovido por a parcela em questão, com a conclusão da expropriação, ter passado a integrar o domínio público militar, encontrando-se, por isso, excluída do tráfico jurídico de natureza privada, não se perspectivando a sua disponibilização num futuro próximo (ofício de 20/09/2004).

5. Sucede, porém, que o Código das Expropriações em vigor à data do procedimento em causa (e à semelhança do que o Código vigente consagra ⁹⁵), previa que a declaração de utilidade pública (DUP) estava sujeita a registo (hoje averbamento) na conservatória do registo predial respectiva, mediante requerimento da entidade expropriante ou de qualquer interessado (artigo 15.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 438/91, de 9 de Novembro).

6. O registo predial destina-se essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário (artigo 1.º do Código do Registo Predial). No nosso ordenamento jurídico, por regra, a iniciativa dos particulares constitui um modo suficiente para realizar os fins do registo. Este caso é então uma excepção: estando em causa fins de natureza privada a DUP deve ser averbada independentemente da vontade do titular inscrito.

7. Na verdade, esta exigência de registo da DUP não se prende com a garantia do conhecimento do processo por parte do expropriado ou dos interessados, mas sim com a garantia de todos aqueles que com ele se relacionem no comércio jurídico ⁹⁶. A finalidade desta norma é, pois, a defesa de terceiros que confiam na situação jurídica dos prédios publicitada pelo registo predial.

8. Embora o registo do acto de DUP não seja um requisito de eficácia desse acto, a falta de registo pode ter consequências relativamente aos prejuízos que advierem para o terceiro adquirente de boa fé. Ao exigir o registo, o legislador atribuiu à entidade expropriante “um dever de contribuir na prevenção de situações anómalas, o que acarreta inevitavelmente a sua responsabilidade no caso verificação de tais situação por falta de registo” ⁹⁷.

9. Por outro lado, quando o legislador consagra esta exigência não exceptua dela os casos em que o bem expropriado irá integrar o domínio público do Estado. Assim, existindo na ordem jurídica um meio que permite acautelar os interesses de terceiros de boa fé, não se entende que a Administração Pública – que visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos

⁹⁵ Cfr. artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro.

⁹⁶ Vd. ANTONIO DUARTE DE ALMEIDA, CLAUDIO MONTEIRO et al., *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo Anotada e Comentada/Volume I, Código das Expropriações*, Ed. Lex, Lisboa, 1994, pg. 350.

⁹⁷ *Idem*.

direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 266.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa) – não cumpra a lei.

10. No caso concreto, se tivesse sido registada a DUP, conforme exigido pelo Código das Expropriações, certamente que o reclamante não teria adquirido, em hasta pública, um prédio pertencente ao domínio público do Estado.

11. Tendo presente que não foi dado cumprimento ao dever legal de promover o registo da DUP e que um terceiro de boa fé sofreu danos que poderiam ter sido evitados, caso tal registo tivesse sido realizado, queira V. Ex.^a informar se pondera essa Direcção-Geral promover que o Estado venha a indemnizar o Senhor, ainda que parcialmente, pelos prejuízos sofridos.

R-1109/04

Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Lagos

Assunto: Urbanismo – obras particulares – ilegalidade – ilícito de mera ordenação social – medidas de polícia administrativa.

1. No termo da instrução do processo com as referências assinaladas, pude verificar uma situação que, não justificando embora a adopção de outros procedimentos, entendo não poder deixar de merecer uma chamada de atenção por parte deste órgão do Estado.

2. Isto, porque, apontado-se no parecer n.º 002/PTC, de 13.09.2004, que a obra relativa ao alteamento do muro de meação fora promovida sem autorização municipal bastante, parecia entender-se que àquele ilícito corresponderia, tão só, a instauração de procedimento contra-ordenacional.

3. Ora, devo fazer notar que a aplicação de coima constitui uma sanção, mas, por si, não permite reintegrar a legalidade urbanística infringida.

4. Julgo, assim, que deverá ser determinada a intimação do infractor para requerer a legalização dos trabalhos realizados clandestinamente – art. 106.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

5. De todo o modo, a situação em causa, porque do ponto de vista substantivo diminuta importância assumirá, determinei o arquivamento do processo nos termos previstos no art. 33.º, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

6. Todavia, entendi não dever de me abster de chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade da tomada das medidas necessárias à reintegração da legalidade urbanística desejando, assim, que a presente comunicação possa contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços e aperfeiçoamento da acção administrativa – objectivo assinalado na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (art. 21.º, n.º 1, alínea c)).

R-1127/04

Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Fafe

Assunto: Urbanismo – alvará de loteamento – cedência – domínio público – alteração.

1. Analisado o teor dos esclarecimentos que V. Ex.^a nos remeteu através de ofício, parece decorrer, em especial, das peças desenhadas e fotografias que o acompanhavam, que no alvará de loteamento n.º 127/85 se destinara a faixa de terreno controvertida a lugares de estacionamento (cfr. n.ºs 9-11).

2. Não obstante, viria ulteriormente a admitir-se, sob requerimento do proprietário confinante, que a aludida faixa se destinaria a implantar uma rampa de acesso ao prédio respectivo.

3. E, como tal, foi-lhe deferido o requerimento e licenciada a eliminação dos lugares de estacionamento, os quais, porém, nunca terão deixado de estar previstos no alvará n.º 127/85.

4. A licença que permitiu instalar a rampa parece, pois, infringir o disposto no alvará de loteamento, o que não se vê como possa deixar por preencher a previsão do artigo 68.º, alínea a), do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

5. Em face do exposto, queira V. Ex.^a pronunciar-se e transmitir-nos se pretende declarar a nulidade da licença deferida para instalação da rampa.

Entidade visada: Instituto de Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e Pescas

Assunto: Ambiente – floresta – subvenções – Reserva Ecológica Nacional – coordenação.

1. Pelo Senhor ... foi requerida a intervenção do Provedor de Justiça, por não se conformar com uma coima de € 250,00 aplicada pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro, pela prática de uma acção florestal subvencionada pelo instituto superiormente dirigido por V. Ex.^a, ao abrigo do Regulamento (CEE) 2080/92.

2. Em Janeiro de 1999, plantara espécies florestais destinadas à produção de madeira (0,50 ha com nogueira preta e 0,34 ha com carvalho americano), em terrenos seus, mas sujeitos ao regime jurídico do domínio hídrico (Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro).

3. Afirma não ter solicitado licença à Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro, por considerar que *o projecto fora oportunamente aprovado e financiado pelo Instituto de Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e Pescas (IFADAP)*.

4. Ouvimos o instituto presidido por V. Ex.^a (of.º de 5.05.2004) a respeito da subvenção ao projecto de arborização, em concreto, e da prática adoptada na aprovação dos projectos florestais, especificamente, quanto a saber se os proprietários são advertidos quanto ao facto de a subvenção não os isentar do dever de obterem as pertinentes licenças ou autorizações próprias do local ou da actividade.

5. Pronunciou-se a Direcção de Investimento do IFADAP, através do ofício de 19.05.2004.

6. Analisado o seu teor, verifico que, por norma, os serviços do IFADAP não informam os candidatos à atribuição de apoios financeiros a projectos de florestação de que a outorga da subvenção não os desonera do cumprimento dos condicionalismos legalmente previstos para a execução de acções de plantio florestal.

7. Na vigência do regulamento ao abrigo do qual foi concedida a atribuição de ajudas ao reclamante, era omitida a prestação daquela informação, nomeadamente, quando tais projectos incidiam em solos do domínio hídrico ou classificados na Reserva Agrícola Nacional.

8. Mas já não assim, como nos foi transmitido, no que respeita à Rede Nacional de Áreas Protegidas (parques nacionais, reservas e parques naturais) e à Reserva Ecológica Nacional (contanto, estranhamente, que não houvesse plano director municipal eficaz), situações em que se exige parecer favorável.

9. Encontrando-se, hoje, condicionada a generalidade das acções florestais, justificar-se-ia que o IFADAP, ao proceder à atribuição de subvenções públicas, advertisse, ainda que genericamente, para a necessidade de os proprietários se inteirarem de outras limitações ou restrições, como sejam a Reserva Agrícola Nacional ou o domínio hídrico, já que para estas restrições de interesse público não é exigida prova da prévia autorização.

10. De outro modo, corre-se o risco de contribuir para o auxílio financeiro a projectos ilegais, que poderão vir a ser ulteriormente comprometidos, com preterição do interesse público no ordenamento do território e com manifesto desaproveitamento de recursos.

11. E se não cumpre ao IFADAP, nas atribuições do Estado que lhe estão confiadas, exercer um controlo de natureza ambiental ou de ordenamento do território, o certo é que pode contribuir activamente para a boa prossecução de outros interesses públicos, compreendidos nas atribuições do Estado e de outras pessoas colectivas públicas.

12. Por outro lado, é de atender ainda às expectativas do proprietário que obteve do IFADAP a subvenção para o plantio de espécies florestais. Embora o desconhecimento da lei não aproveite a ninguém (artigo 6.º do Código Civil), nem por isso pode revelar-se injusta a aplicação de uma coima a quem confiou, de boa fé, em que uma subvenção pública não poderia destinar-se à prática de um acto ilícito, embora por infracção de disposições legais de protecção ambiental ou de ordenamento do território.

13. Admito que o princípio da colaboração (artigo 7.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo) sugira uma revisão de procedimentos nesse sentido, ainda que por via de alterações regulamentares que se mostrem adequadas.

14. Expostas as razões que nos levaram a apreciar o procedimento adoptado pelo instituto a que V. Ex.^a superiormente preside, pondero que o mesmo possa ser revisto, a pensar em casos futuros de natureza análoga.

15. Determinei, porém, o arquivamento do processo organizado sobre a situação concreta, nos termos do artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), prevalecendo-me da oportunidade para agradecer a cooperação dispensada.

R-1816/04

Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Instituto Português do Património Arquitectónico

Assunto: Património cultural – imóvel classificado – zona de protecção – embargo – câmaras municipais – coordenação.

1. Tenho presente o teor das explicações facultadas por V. Ex.^a, satisfazendo ao solicitado pela Provedoria de Justiça.

2. Independentemente da queixa que nos fora apresentada, e cuja improcedência determinou, da minha parte, o arquivamento do processo respectivo, permita-me apenas a formulação de duas observações, cujo sentido deve ser analisado em vista do contributo para o aperfeiçoamento da actividade administrativa que ao Provedor de Justiça cumpre procurar (artigo 21.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril):

- a) A primeira diz respeito à solicitação formulada pela Direcção Regional de Castelo Branco à Câmara Municipal de Penamacor para que determinasse o embargo de uma obra particular;
- b) A tratar-se de obra sita em local compreendido na zona de protecção a um imóvel classificado pelo Decreto-Lei n.º 23 122, de 11 de Outubro de 1933, e competindo ao Presidente do IPPAR, sob autorização do Ministro da Cultura, determinar o seu embargo (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 120/97, de 16 de Maio, e artigo 47.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro), não se descortina por que motivo se solicitou à câmara municipal que o fizesse;

- c) O Pelourinho da Bemposta, como a generalidade dos pelourinhos, encontra-se classificado como imóvel de interesse público, para efeito do disposto no Decreto-Lei n.º 20 985, de 7 de Março de 1932, o que significa, de acordo com o disposto no artigo 15.º, n.º 5, da citada Lei n.º 107/20001, que a sua protecção e valorização representa ainda um «valor cultural de importância nacional» e não, simplesmente municipal;
- d) Por seu turno, o embargo de obras de edificação constitui uma medida de polícia administrativa justificada pela sua particular necessidade e urgência. Por conseguinte, devolver o exercício de uma competência para outro órgão, cuja competência, por sua vez, dependeria de outros factores (de natureza urbanística) pode representar uma dilação injustificada na salvaguarda de um interesse público nacional e cuja lesão reclama uma intervenção pronta;
- e) A segunda, refere-se à carta publicada no Jornal do Fundão, na sua edição de 23.04.2004;
- f) Na referida carta contêm-se afirmações de alguma gravidade que podem inculcar na opinião pública a representação de que o IPPAR não dispõe de quaisquer meios de intervenção, pelo menos, no concelho de Penamacor;
- g) Tais afirmações, por outro lado, podem criar nos infractores a convicção de impunidade e favorecer a prática generalizada de operações urbanísticas nas zonas de protecção sem o prévio parecer favorável do IPPAR;
- h) Concluindo-se que tais afirmações não correspondem à verdade, pergunto-me se não valeria a pena ter a Direcção Regional de Castelo Branco ter exercido o direito de resposta, expressamente reconhecido aos serviços públicos (artigo 24.º, n.º 1, da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro).

3. De todo o modo, e sem prejuízo de entender V. Ex.^a pronunciar-se acerca do presente reparo, determinei o arquivamento do processo identificado, nos termos do disposto no artigo 31.º, alínea *b*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

Entidade visada: Câmara Municipal de Cascais (Vereador com o pelouro do Urbanismo)

Assunto: Urbanismo – utilização das edificações – ginásio – encerramento – pressupostos – direitos dos administrados – audiência prévia.

1. Analisámos com a devida atenção os esclarecimentos que solicitámos a V. Ex.^a sobre a medida de encerramento do estabelecimento identificado.

2. Observo, porém, que do seu teor perduram por esclarecer algumas questões, a saber:

- a) da execução de obras no estabelecimento depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, e da Portaria n.º 33/2000, de 28 de Janeiro, que veio a incluir no seu enunciado os ginásios e *health clubs*;
- b) do teor de eventuais pareceres obtidos no anterior procedimento para licença de utilização nos domínios da segurança e higiene;
- c) o estado do procedimento contra-ordenacional (cfr. n.º 6 e n.º 8 do n/ócio de 25.10.2004).

3. Por outro lado, não creio que se encontrem devidamente fundamentados os pressupostos que levaram a determinar o encerramento. Embora houvesse queixas – que, de resto, tinham justificado a intervenção da Provedoria de Justiça – não teve lugar nenhuma medição do ruído.

4. O encerramento pode ter-se revelado precipitado quando fundado nos relatos de vizinhos e da autoridade policial, onde se descreve um “ruído de fundo”, um ruído “susceptível de provocar incómodo para a moradora, por parte de dois aparelhos de ar condicionado”.

5. Pondero que, antes do encerramento, outras medidas pudessem ser aplicadas com menor sacrifício do proprietário, em conformidade com as exigências legais e constitucionais do princípio da proporcionalidade, nomeadamente, a interdição total ou parcial do uso daqueles aparelhos.

6. A própria queixosa do ruído, de resto, parece não se opor ao uso do equipamento de ventilação restrito ao período diurno (carta de 20.05.2002).

7. Por seu turno, o proprietário do estabelecimento exibiu-nos cópia do alvará de licença de utilização n.º ..., de 25.07.1995, para uso como ginásio com duas piscinas, numa área de 875 m².

8. Ora, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, estes estabelecimentos, porque não inscritos na tabela anexa às instruções aprovadas pela Portaria n.º 6 065, de 30 de Março de 1929, bastavam-se com a licença de utilização comum.

9. Não vejo que, sem terem sido executadas obras de ampliação, alteração ou reconstrução, não deva a referida licença de utilização subsistir como acto permissivo válido e eficaz, perante o que expressamente se determina no artigo 33.º do citado diploma.

10. Por último, não posso deixar de apontar a preterição da audiência prévia do interessado, a qual se encontra garantida pelo disposto nos artigos 100.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

11. Isto, a somar ao facto de o proprietário do ginásio apenas ter sido notificado do teor do despacho de encerramento, em 29.04.2004, quando, na verdade, este encerramento já feito executar em 9.03.2004.

12. Em face do exposto, justifica-se, da nossa parte sugerir uma cuidadosa revisão da providência adoptada, sem prejuízo de serem contemplados os direitos dos moradores contra o ruído, embora na estrita observância das pertinentes prescrições legais e regulamentares.

R-2004/04

Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Albufeira

Assunto: Domínio público – via pública – uso privativo – aluguer de motocicletas – medidas de polícia administrativa.

1. Comunico a V. Ex.^a ter determinado o arquivamento do processo referenciado em epígrafe, depois de registar ter sido fiscalizado o local reclamado, do que resultou a confirmação dos factos articulados na reclamação e, consequentemente, adoptadas providências. Com efeito, nem a actividade dis-

põe de licença própria para a ocupação da via pública com o aluguer de motocicletas pertencentes à *Auto-Coveal – Comércio e Aluguer de Veículos Automóveis, Lda.*, em Areias de S. João, nem o estacionamento dos veículos se coaduna com as regras de estacionamento, causando impacte negativo na paisagem urbana e na circulação dos peões.

2. Todavia, tendo presente o teor da comunicação de V. Ex.^a, pondero que os procedimentos a adoptar com vista à desocupação da via pública se deva apoiar em fundamento legal diverso do apontado naquele ofício. Com efeito, as normas jurídicas ali indicadas (artigos 106.º e segs. do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro), respeitam a operações urbanísticas, pelo que podem não compreender, no seu alcance, o estacionamento desregulado de motocicletas, matéria que vem disciplinada, fundamentalmente, no Código da Estrada, nos regulamentos municipais próprios, e na demais legislação especial aplicável.

3. No que se refere à situação – ocupação da via pública (passeio) para exposição de veículos motorizados destinados a aluguer – a disciplina jurídica aplicável é a que vem especialmente contida no Código da Estrada e no Decreto-Lei n.º 354/86, de 23 de Outubro (indústria de aluguer de veículos automóveis sem condutor) – com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 373/90, de 27 de Novembro e pelo Decreto-Lei n.º 44/92, de 31 de Março – muito em particular, pelo disposto no artigo 33.º, aplicável por força do disposto no art. 2.º, n.º 1, alínea *b*), do mesmo diploma legal.

4. Pondero, pelo exposto, que a desocupação da via pública se deva fazer ao abrigo do disposto no art. 49.º, n.º 1, alínea *g*), (proibição de paragem e de estacionamento), e art. 170.º, n.º 1, alínea *c*), n.º 2 alínea *d*), e n.º 3 (bloqueamento e remoção), ambos do Código da Estrada.

5. Cumpre referir, a propósito, que, de acordo com a legislação em vigor, a fiscalização do cumprimento das disposições do Código da Estrada e legislação complementar incumbe, entre outras entidades, às câmaras municipais, nas vias públicas sob sua jurisdição (art. 2.º, n.º 1, do Código da Estrada e art. 7.º, n.º 1, alíneas *c*) e *d*), e n.º 2, do citado Código, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro), para o que dispõem as mesmas de pessoal de fiscalização designado para o efeito, muito em especial, a polícia municipal. Pode, do mesmo passo, ser solicitada a intervenção da Guarda Nacional Republicana, em cumprimento, aliás, das competências que lhe são atribuídas no âmbito da fiscalização do trânsito.

6. Confio, pois, que as medidas de reposição da legalidade a adoptar se façam ao abrigo das disposições legais antes referidas e nos moldes expostos, em estrito cumprimento da prossecução do interesse público que deve nortear a actuação municipal.

7. Prevaleço-me, por fim, da oportunidade para agradecer a V. Ex.^a a cooperação prestada.

R-2299/04

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Peniche

Assunto: Urbanismo – conservação e reabilitação – obras coercivas – ilícito de mera ordenação social – subvenções.

1. Respondeu-nos V. Ex.^a, através de ofício, a respeito das reclamadas condições de segurança e salubridade da edificação urbana identificada, dando-nos conta de terem sido adoptadas algumas diligências no sentido da beneficiação do imóvel. Assim, teve lugar uma vistoria e veio o proprietário a ser intimado para executar as obras de conservação necessárias.

2. Em face do incumprimento da intimação, a atarquia manifesta a sua indisponibilidade para proceder à execução coerciva dos trabalhos, embora a expensas do infractor, reconhecendo não dispor de meios para satisfazer a todas as situações congéneres.

3. É certo que a selecção dos casos em que os municípios se substituam na execução de intimações, de entre as situações urbanísticas de maior gravidade, constitui um poder discricionário do órgão presidido por V. Ex.^a. Nessa medida, este órgão do Estado não se pronuncia. Na falta de elementos comprovativos de a situação reclamada justificar incontroversamente uma intervenção prioritária, o Provedor de Justiça aceita como inteiramente válida a posição adoptada.

4. Contudo, e sem prejuízo de determinar o arquivamento do processo e elucidar o queixoso, não posso deixar de apontar dois aspectos que me parece deverem justificar a atenção de V. Ex.^a.

5. Em primeiro lugar, devo observar que o incumprimento da intimação municipal pelo proprietário do imóvel indicia a prática de um facto ilícito contra-ordenacional, de acordo com o disposto no artigo 98.º, n.º 1, alínea s), do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro).

6. Ora, não encontro nas informações transmitidas por V. Ex.^a referência alguma à instauração de procedimento contra-ordenacional, de onde poderia resultar a aplicação de uma coima. Pondero, de resto, que o produto das coimas aplicadas pelas autoridades municipais possa contribuir para obviar, em parte, à escassez de meios e permitirem uma intervenção mais activa, neste sector.

7. Em segundo lugar, observo não ser estabelecida referência aos programas de apoio financeiro à conservação e beneficiação das edificações urbanas, designadamente ao RECRUA, disciplinado no Decreto-Lei n.º 329-C/2000, de 22 de Dezembro.

8. Encontrando os proprietários apoio financeiro para a beneficiação dos imóveis arrendados, possivelmente, equacionarão, de outro modo, a sua iniciativa.

9. Registando a cooperação facultada por V. Ex.^a ao esclarecimento do Provedor de Justiça, estou certo de que não deixará de tomar em linha de conta as precedentes observações formuladas.

R-2326/04

Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Gondomar

Assunto: Ambiente – urbanismo comercial – ruído – medidas de polícia administrativa.

1. Comunico a V. Ex.^a que determinei o arquivamento do processo em epígrafe, agradecendo a colaboração prestada através das informações veiculadas a coberto de ofício, de cujo teor se conclui terem sido removidos os aparelhos de ar condicionado colocados na fachada exterior do edifício onde reside a queixosa, cessando o ruído perturbador imputado ao seu funcionamento.

2. Cumpre-me, todavia, advertir V. Ex.^a para, de futuro, serem apreciadas, com maior celeridade, as queixas dos munícipes relativamente às questões atempadamente suscitadas junto do órgão a que V. Ex.^a preside, obviando a que, por falta de intervenção municipal, os interessados, lesados pela inação municipal, recorram à via judicial para suprir essa conduta omissiva.

3. Com efeito, tendo sido dirigidas a V. Ex.^a – pelos lesados afectados pelo ruído perturbador proveniente do funcionamento do equipamento de refrigeração afecto ao estabelecimento comercial de venda de frutas denominado ..., sito no rés-do-chão esquerdo do prédio onde reside a queixosa – diversas exposições no sentido de se adoptarem as pertinentes medidas administrativas aptas a fazer cessar a incomodidade proveniente dos aparelhos de ar condicionado abusivamente colocados na fachada exterior do edifício e, ainda, por motivo da realização de obras não autorizadas no interior do estabelecimento, o certo é que para obstar à falta de intervenção municipal tiveram os queixosos que lançar mão dos meios judiciais ao seu dispor.

4. Efectivamente, competiria à câmara municipal, no exercício dos poderes que lhe são conferidos no âmbito do licenciamento de obras particulares e das acções de fiscalização, ter adoptado as pertinentes medidas com vista a repor a legalidade urbanística violada bem como a salvaguardar a preservação do direito ao ambiente. Competia-lhe, ainda, caso a elas houvesse lugar, aplicar medidas sancionatórias de natureza contra-ordenacional, como seja, para além das coimas aplicadas e em função da gravidade da situação e da culpa do agente, interditar o exercício da actividade ou ordenar o encerramento do estabelecimento (arts. 27.º e 28.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), ambos do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro) ou adoptar medidas de polícia administrativa, como seja, ordenar o despejo sumário das edificações ou fracções quando sejam ocupados sem a necessária licença ou autorização de utilização (art. 109.º, 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).

5. Ora, da instrução do processo verifica-se que o estabelecimento em apreço não dispõe de alvará de licença de utilização para comércio alimentar, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, estando a decorrer o respectivo procedimento administrativo, pese embora manter-se a laborar, situação manifestamente agravada pela incomodidade proveniente do equipamento de refrigeração, entretanto, removido.

6. Por tal motivo, entendo, igualmente, advertir V. Ex.^a para a necessidade do rápido andamento do processo municipal de licenciamento de utilização do estabelecimento em apreço, desde que cumpridas as normas legais e regulamentares aplicáveis, de modo a salvaguardar o cumprimento dos requisitos legais impostos para o funcionamento dos estabelecimentos do tipo, muito em especial no que respeita aos parâmetros de produção do ruído.

7. Cumpre-me, em conformidade, solicitar a V. Ex.^a o continuado acompanhamento da situação, concedendo especial atenção, quer à fiscalização do funcionamento do estabelecimento e ao metuculoso cumprimento das normas legais relativas à emissão de ruído ordenando, para o efeito, as necessárias acções de fiscalização no sentido de averiguar a conformação dos níveis de ruído produzidos com os valores legalmente fixados, a fim de se preservar o direito ao descanso dos moradores circunvizinhos. Só desta forma, será assegurada a reposição da legalidade infringida evitando maiores lesões para o interesse público e para os direitos dos administrados.

8. Certo de que V. Ex.^a tomará as adequadas providencias para que, de futuro, situações análogas à presente determinem, de imediato, a oportuna intervenção municipal sob pena de ficar comprometida a defesa do interesse público e, designadamente, a preservação dos interesses urbanísticos e ambientais preteridos, reitero os agradecimentos pela colaboração dispensada a este órgão do Estado.

R-2434/04

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Montijo

Assunto: Urbanismo – ordenamento do território – Reserva Ecológica Nacional – informação prévia – indeferimento – fundamentação.

1. Analisadas as informações prestadas (...), venho por este meio dar conhecimento a V. Ex.^a das conclusões alcançadas a respeito do assunto, nos termos expostos na informação de que se junta cópia e cujo teor obteve a minha aprovação.

2. Permito-me, nesses termos – e ao abrigo do disposto no art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça – dirigir a V. Ex.^a uma chamada de atenção para a irregularidade apontada na referida informação, designadamente, no que concerne ao fundamento do indeferimento do pedido acima identificado adoptado.

3. Uma vez que, porém, a citada objecção não acarreta consequências substanciais, determinei o arquivamento do processo organizado sobre a reclamação, prevalecendo-me da oportunidade para agradecer a V. Ex.^a a colaboração prestada à intervenção do Provedor de Justiça.

Anexo: Informação n.º 40/JLC/2004

1. Foi recebida, na Provedoria de Justiça, uma queixa descrevendo o seguinte:

- a) No âmbito do procedimento de licenciamento da construção de moradia, terá sido comunicada ao requerente, para efeitos de audiência prévia, proposta de indeferimento do pedido fundada na integração total da propriedade dentro da Reserva Ecológica Nacional (REN), instituída pelo Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março;
- b) Todavia, a Comissão de Coordenação Regional de Lisboa e Vale do Tejo ter-se-á pronunciado no sentido de, nem se encontrar ainda delimitada a REN do concelho do Montijo (pressuposto da aplicação do regime contido no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 93/90), nem o terreno se integrar em área sujeita ao regime transitório previsto no art. 17.º do citado diploma legal, pelo que as restrições da REN não seriam aplicáveis àquela pretensão;
- c) Tal posição terá sido comunicada à Câmara Municipal do Montijo que, todavia, não terá ainda revisto a proposta de indeferimento.

2. Ouvida a Câmara Municipal do Montijo, esta viria a prestar a seguinte informação:

- a) Segundo o parecer emitido pela sociedade de advogados consultora do município:
 - i. O terreno em questão não se encontra delimitado como REN (por tal delimitação não ter ainda sido efectuada), não pos-

- suindo, igualmente, as características determinantes da aplicação do regime transitório previsto no art. 17.º do Decreto-Lei n.º 93/90, especificadas no Anexo I do mesmo diploma;
- ii. Todavia o terreno encontra-se em área classificada como “Reserva Ecológica Nacional”, na planta de condicionantes do Plano Director Municipal do Montijo (ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/97, de 1 de Fevereiro);
 - iii. A proibição de edificar, contida no regime do Decreto-Lei n.º 93/90, decorre, não da aplicação directa desse regime legal, mas da remissão operada pelo Regulamento do Plano Director Municipal, designadamente, no seu art. 61.º e na Ficha A-8 do seu Anexo I;
- b) Não obstante, na informação dos serviços de 18.08.2004, homologada por V. Ex.^a em 23.08.2004, considera-se que:
- i. É aplicável o disposto no art. 31.º, n.º 6, do Regulamento do PDM, que confere à câmara municipal o poder de, a título excepcional, licenciar a construção, desde que estejam reunidas as condições ali previstas;
 - ii. Embora não exista carta de REN, o terreno está sujeito ao “princípio” estabelecido no Decreto-Lei n.º 93/90;
 - iii. A obra projectada carece de infra-estruturas (arruamento), comprometendo a câmara municipal quanto à sua execução;
 - iv. Não estarão reunidas, por estas razões, as condições necessárias para o deferimento do pedido;
3. Analisadas estas informações, pondera-se o seguinte:
- a) Foi reconhecido que o terreno em questão não se encontra abrangido pelo Regime da Reserva Ecológica Nacional, nos termos estabelecidos pelo Decreto-Lei n.º 93/90:
- i. Seja por não ter sido delimitada a REN do concelho, determinante da aplicação das regras contidas no seu art. 4.º (designadamente, a proibição de edificar);
 - ii. Seja, sobretudo, por não revestir os requisitos básicos para a inclusão na REN, nos termos do disposto no art. 3.º, n.º 6, alínea a), do Decreto-Lei n.º 93/90 que são os estabelecidos no seu Anexo I);

- iii. Seja, pelas mesma razões, por não se aplicar o regime transitório constante do art. 17.º do citado diploma;
- b) Nestes termos, verifica-se que o regime da REN, constante do Decreto-Lei n.º 93/90, não é aplicável ao terreno em questão;
- c) O regime de uso do solo desta zona é, por isso, o determinado pelo Plano Director Municipal, designadamente, pelo seu art. 61.º e, alegadamente, pela Ficha A-8 do seu Anexo I;
- d) No último parágrafo da Ficha A-8, estabelece-se que o regime aplicável é o estabelecido no art. 61.º do Regulamento do PDM, bem como o Regime Jurídico da REN (Decreto-Lei n.º 93/90);
- e) Conclui-se no parecer que, por se aplicar o regime do Decreto-Lei n.º 93/90, seria vedada a edificação por força do princípio geral da REN, traduzido pela regra non aedificandi do art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 93/90 (conclusões 3.ª, 4.ª e 5.ª);
- f) Observa-se, porém, que a proibição de edificar no local em questão não se encontra expressa, nem no art. 61.º, nem, tão pouco, na referida ficha A-8;
- g) Ora, afigura-se duvidoso extrair, da referência constante do último parágrafo da citada Ficha A-8, o sentido específico de proibição de construir que lhe é atribuído:
- i. Antes de mais, por se afigurar meramente informativa – e não normativa – a natureza das fichas anexas ao Regulamento do PDM, as quais parecem limitar-se a traduzir o conteúdo das fichas informativas sobre servidões e restrições de utilidade pública elaboradas pela ex-Direcção-Geral do Ordenamento do Território, visando “dar uma informação geral nesse domínio” (n.ºs 1 e 2 da Nota Explicativa do Anexo I);
 - ii. Não parece, por isso – e nada o indica, claramente – que o facto de se referir a aplicação do Decreto-Lei n.º 93/90 possa ser considerado como aplicação por remissão daquele diploma legal e, muito menos, de uma das suas regras, em especial (o art. 4.º);
 - iii. Acresce que, à luz do Decreto-Lei n.º 93/90, a zona em questão não estaria sequer abrangida por esse regime, seja por não ter ainda sido delimitada a REN do concelho, nos termos do art. 3.º (pressuposto da aplicação da regra do art. 4.º), seja por não se aplicar o regime transitório constante do art. 17.º;

- iv. De resto, não se verificando, nessa zona, os pressupostos estabelecidos no Anexo I do Decreto-Lei n.º 93/90, a zona não deve, sequer, ser integrada na delimitação da REN, nos termos do disposto no art. 3.º, n.º 6, alínea a), do citado diploma;
- v. Afigura-se mais coerente (e mais consentâneo com o próprio regime jurídico do Decreto-Lei n.º 93/90) considerar a Ficha A8 como um elemento meramente informativo, decorrendo daí que o regime da REN delimitada pelo PDM seria:

(1) Na parte directamente abrangida pelo regime do Decreto-Lei n.º 93/90, o estabelecido no art. 61.º do PDM e o estabelecido no Decreto-Lei n.º 93/90 (designadamente, o constante do art. 17.º ou, após a aprovação da delimitação ministerial da REN do concelho, o determinado pelo art. 4.º do mesmo diploma);

(2) Na parte não abrangida pelo regime do Decreto-Lei n.º 93/90 (designadamente, nas zonas não previstas no seu anexo I), apenas o estabelecido no art. 61.º do PDM;

- a) Não se considera, por isso, procedente o indeferimento com base na aplicação do regime de REN constante do PDM;
- b) Observa-se, todavia, que, no parecer camarário de 18.08.2004, se aplica o disposto no art. 31.º, n.º 6, do Regulamento do PDM;
- c) Assim, o terreno em questão integrar-se-á em “Espaço Agrícola” não classificado como RAN (Reserva Agrícola Nacional) e abrangido pela REN (art. 31.º, n.º 2), regendo-se, portanto, pelas disposições relativas a esta categoria de espaços (designadamente, o disposto no art. 31.º, n.º 2, do PDM), com as especificidades determinadas no n.º 6.º do art. 31.º;
- d) De entre estas normas, destaca-se o requisito da existência de arruamento, estabelecido no corpo do art. 31.º, n.º 6, do PDM;
- e) É certo que, em sede geral, a falta de infra-estruturas de arruamento poderia originar a revisão do projecto de decisão de indeferimento, quando o requerente assumisse o encargo de executar as infra-estruturas em falta (art. 25.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação);

f) Todavia, perante uma disposição do PDM que, expressamente, estabelece tal requisito, não se vê como possa a sua falta ser ultrapassada, afigurando-se, por esse motivo, legítimo o indeferimento do pedido de licenciamento.

4. Atento o exposto, conclui-se que o indeferimento do pedido de licenciamento reclamado será procedente, apenas, com fundamento no art. 31.º, n.º 6, do Regulamento do PDM do Montijo, mas já não no que respeita à alegada aplicação do regime da “Reserva Ecológica Nacional” constante desse instrumento de gestão territorial.

5. A audiência prévia e a decisão final deveriam, portanto, ter tido por base, exclusivamente, a desconformidade com o citado art. 31.º, n.º 6, do Regulamento do PDM.

6. Contudo, verifica-se que o sentido da decisão final sobre o pedido de licenciamento não deixaria de ser idêntico ao reclamado: o indeferimento, por força de desconformidade do pedido com norma do Regulamento do PDM.

7. A essa luz, a irregularidade detectada, seja quanto à audiência prévia, seja quanto à fundamentação da decisão final, perde relevância, não se justificando, por isso, da parte do Provedor de Justiça – e nos termos do disposto no art. 33.º do seu Estatuto, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril – outra actuação para além da chamada de atenção da entidade visada, no sentido proceder à sua correcção.

8. Proponho, por isso, que, nos termos do disposto no art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça, seja dirigida, à Presidente da Câmara Municipal do Montijo, uma chamada de atenção para o dever de corrigir a irregularidade acima exposta, determinando-se o arquivamento do presente processo de reclamação.

R-2462/04

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Torre de Moncorvo
Assunto: Urbanismo – domínio público – usurpação – uso privativo.

1. Foi recebida, na Provedoria de Justiça, uma queixa alegando a omissão, por parte da Câmara Municipal de Torre de Moncorvo, de execução coerciva da sua deliberação de 05.11.2001, no sentido da remoção de degrau, que teria sido executado na via pública, sem licença municipal para o efeito.

2. É exposto na queixa que, não apenas o degrau estará a prejudicar a abertura da porta do piso térreo da casa adjacente, como a escada em que se integra, por ter sido instalada junto à parede desta casa, estaria a fazer reter nesse lugar as águas pluviais vindas do telhado.

3. Analisada a situação exposta na queixa, à luz dos elementos fotográficos e dos esclarecimentos facultados, a situação foi considerada de diminuta gravidade, razão pela qual mandei arquivar este processo, nos termos do disposto no art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

4. Cumpre-me, nesses termos, dirigir a V. Ex.^a uma chamada de atenção no sentido de que sejam adoptadas as medidas necessárias para inspecionar e assegurar a legalidade da situação exposta na queixa.

R-2669/04

Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Câmara Municipal de Lisboa (Chefe da Divisão Ambiental)

Assunto: Ambiente – obras públicas – parque de estacionamento – ruído – licença especial – fiscalização.

1. Reclamou o Sr. ... da Câmara Municipal de Lisboa por não adoptar providências relativamente ao ruído causado pelos trabalhos de construção de um parque de estacionamento subterrâneo, no local identificado em epígrafe, trabalhos esses que não observariam condicionamento algum em respeito pelo repouso dos moradores vizinhos.

2. Procedemos de imediato a averiguações junto de V. Ex.^a e da polícia municipal, do que resultou a obtenção de cópia de uma licença especial de ruído, deferida pela Direcção Municipal de Ambiente Urbano, mas apenas

para o período compreendido entre 11.04.2003 e 31.05.2003 (fase das escavações).

3. Contudo, V. Ex.^a diz-nos ter oficiado o município, em 7.07.2003, sugerindo-lhe que solicitasse a comparência das autoridades policiais, identificando-se como lesado directo. E informa nada ter este respondido, motivo por que arquivou a sua reclamação.

4. Ora, não creio encontrar-se justificado porque não actuou a Câmara Municipal sobre a reclamação do município, de 20.06.2003, encaminhando-o para as autoridades policiais, considerando que não existia licença especial de ruído para o período posterior a 31.05.2003, quando, ao cabo e ao resto, as obras duraram cerca de 15 meses.

5. O facto de a licença especial de ruído ter caducado, depois de expirado o prazo para que fora concedida, parece-nos que constituiria motivo bastante para determinar uma acção de fiscalização ou solicitar a intervenção dos agentes da polícia municipal.

6. É que a missão de polícia administrativa ruído da Câmara Municipal de Lisboa não se esgota no deferimento de licenças especiais de ruído e na fiscalização da sua observância. O facto de haver uma queixa, precisamente, depois de caducada a licença especial de ruído, esse sim, justificaria acrescido controlo ambiental.

7. No mais, respondeu-nos V. Ex.^a que a licença especial de ruído não impusera condicionalismos, precisamente por não haver queixas. Não vejo que as queixas possam ou devam antecipar-se ao início dos trabalhos e que, por conseguinte, seja ou possa ser esse o critério para estipulação de condicionalismos.

8. Em face do exposto, determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 33.º a Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, prevalecendo-me da oportunidade para agradecer a cooperação facultada.

R-2671/04

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Comissão Regional da Reserva Agrícola Nacional de Entre-Douro e Minho

Assunto: Ordenamento do território – Reserva Agrícola Nacional – utilização não agrícola – elementos cadastrais – insuficiência.

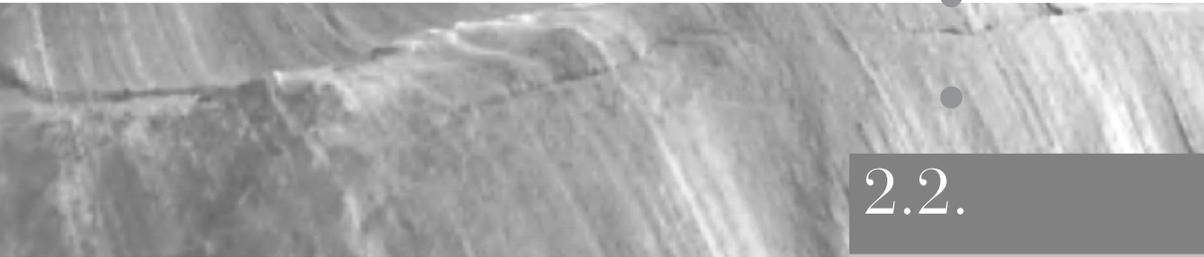
1. O Sr. ... veio reclamar da Câmara Municipal da Trofa ao Provedor de Justiça, por lhe ter sido indeferido pedido para licença de obras industriais em prédio que possui, com fundamento na aplicação do regime da Reserva Agrícola Nacional.

2. Isto, porque o proprietário obtivera da Comissão Regional presidida por V. Ex.^a uma informação escrita, de 13 Fev. 2004, em que se afirmava categoricamente que, de acordo com a marcação efectuada na planta, o terreno não está inserido na RAN.

3. Ouvida a Câmara Municipal da Trofa, explica-nos este órgão que, com base em elementos cartográficos mais rigorosos (plantas fotográficas 1/5000 e 1/1000) em lugar dos extractos de plantas analisados pela comissão regional (1/25:000 e 1/10:000), o terreno estará compreendido em solos classificados pela RAN.

4. Determinei o arquivamento do processo por improcedência da queixa, mas não posso deixar de formular a presente nota a V. Ex.^a, dando-lhe conta da nossa preocupação com a insuficiência dos meios ao dispor da comissão regional, por contraponto com os elementos municipais, quando o certo é que haveria de ser a comissão regional a salvaguardar os solos classificados numa reserva que é nacional e não municipal.

5. Nada impediria, de resto, a comissão regional de, antes de se pronunciar, ter requisitado tais elementos à Câmara Municipal da Trofa, obstando a uma dualidade de entendimentos susceptível porventura de ter criado expectativas equívocas no reclamante.



2.2.

Assuntos económicos e
financeiros, fiscalidade,
fundos europeus,
responsabilidade civil,
jogo, contratação
pública e direitos dos
consumidores

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

O conjunto de processos distribuídos à Área no ano de 2004 – descontados, comparativamente, os recebidos em 2003 do extinto Defensor do Contribuinte, dada a excepcionalidade do facto –, representa um acréscimo de quase 60% face aos recebidos no ano anterior.

Quer isto dizer que, na mesma Área temática, existiram mais 60% de cidadãos e de empresas a apresentarem queixas ao Provedor de Justiça em assuntos de natureza essencialmente económica-financeira.

Não existindo especiais motivos que justifiquem um tão assinalável aumento do número de queixas ao Provedor de Justiça no ano de 2004, poder-se-á admitir que resultará de uma maior difusão e conhecimento da Instituição.

O conjunto das queixas recebidas repartiu-se, por assuntos, de acordo com a especialização que, tendencialmente, se tem vindo a acentuar nos últimos anos: 50% relativas a fiscalidade, 30% respeitantes a consumo, sendo os restantes 20% de forma sensivelmente homogénea, imputáveis a assuntos bancários, assuntos financeiros, fundos europeus, responsabilidade civil, acesso e exercício de actividades económicas. Queixas respeitantes a habitação, mercado de capitais, jogo, comércio, concorrência tiveram uma expressão residual.

Digno de referência é o facto de as queixas relativas à tributação do património terem, em 2004 e no conjunto da fiscalidade, subido de 20,79% em 2003, para 33,80%. Esta variação de 13% é justificada pelo número comparativamente superior de queixas decorrentes da entrada em vigor da designada reforma da tributação do património e, muito em especial, por dois motivos a ela ligados: o considerado exagero na actualização dos valores patrimoniais tributários para efeitos de IMI (imposto municipal sobre imóveis), e o facto de o atraso na realização das avaliações de imóveis ter diferido, pelo menos por um ano, o reconhecimento da isenção de IMI para os imóveis adquiridos para habitação própria e permanente.

Quanto a medidas instrutórias mais relevantes, salientaria a formulação de Recomendação – parcialmente acatada – à Portugal Telecom, para que



procedesse ao reembolso aos seus clientes da taxa de activação cobrada em 1998 e 1999, e para que desse a devida publicidade à gratuidade das chamadas telefónicas oferecidas no âmbito do acordo estabelecido.

De entre outros processos também anotados pela relevância das posições assumidas pelo Provedor de Justiça – cfr. infra –, permito-me salientar apenas alguns assuntos que pela sua generalidade são do interesse de um conjunto alargado de cidadãos:

- o direito dos contribuintes ao recebimento de juros indemnizatórios nas situações legalmente tipificadas, concretizando uma alteração legislativa nesse sentido preconizada pelo Provedor de Justiça;
- a definição dos regimes de enquadramento da tributação em IRS e em IRC, designadamente quanto à inclusão nos regimes gerais e simplificado;
- a insistência na necessidade de o legislador aprovar rapidamente os indicadores técnico-científicos para tributação dos diferentes sectores de actividade e aplicação dos métodos indirectos de determinação do lucro tributável;
- a defesa da estabilidade fiscal na alteração do regime jurídico-fiscal dos PPR;
- a urgente concretização na possibilidade de os contribuintes de IRS, no exercício de um direito previsto na Lei da Liberdade Religiosa, consignarem o donativo de 5% da colecta do imposto;
- cumprimento dos direitos dos contribuintes nas notificações dos valores actualizados dos imóveis.

Por outro lado, relativamente a situações menos típicas, identificaria um processo em que obtivemos a imediata reparação das linhas telefónicas de uma aldeia isolada do interior, há vários dias sem comunicações e, noutra situação, a alteração do regime legal de um empréstimo para deficiente concedido por uma entidade bancária privada.

Os abundantes casos e situações de manifesta má administração justificaram a formulação de 54 reparos ou censuras.

Relativamente ao cumprimento do dever de colaboração com o Provedor de Justiça, permito-me sublinhar, de forma genérica, a óptima colaboração prestada pelas empresas privadas. Merecem uma particular referência, pela prontidão e excelência e exemplaridade das respostas e dos resultados, a Portugal Telecom e a EDP.

Já quanto à entidades públicas administrativas, a colaboração é, de uma forma genérica, reiteradamente demorada e, tantas vezes, incompleta, insatisfatória.

Em especial quanto à Direcção-Geral dos Impostos – salvo uma ou outra meritória excepção assinalável –, o cumprimento do dever de colaboração para com o Provedor de Justiça está longe de ser o desejável, seja pela demora nas respostas, seja pelas suas deficiências e insuficiências. A DGCI não presta aos cidadãos um serviço de qualidade, não é eficiente. O seu sistema informático é uma fonte constante de problemas. Mesmo nas mais simples situações. Mas não só. Iguamente grave é a sua enorme dificuldade, aquando não mesmo a manifesta impossibilidade de resolver os problemas que gera. Pobre do cidadão que pagou uma dívida fiscal que permanece no sistema informático: não recebe os reembolsos de IRS que lhe sejam devidos, é-lhe instaurado um processo de execução fiscal, é obrigado a pagar juros e custas, são-lhe indeferidos benefícios fiscais a que possa ter direito. Mesmo que prove o pagamento da dívida, a situação descrita pode arrastar-se por alguns anos. E quando receber os seus créditos, ainda vai ter que discutir o direito ao pagamento de juros indemnizatórios garantidos por lei.

Deve ficar expressa neste Relatório do Provedor de Justiça uma muito séria censura à DGCI – patente em tantas queixas dos cidadãos –, que uma vez mais se repete: a DGCI presta, em tantas e tão simples situações, um mau, um péssimo serviço público aos cidadãos: quando não existe articulação entre os seus serviços centrais e os serviços locais; quando não existe responsabilização dos dirigentes; quando não se definem orientações superiores acerca da uniformização de procedimentos; quando arrasta os processos anos e anos; quando não presta ao cidadão uma resposta correcta, com qualidade e em tempo útil; quando os interesses e as preocupações das pessoas com a sua situação tributária – a existirem –, pouco ou nada pesam na sua burocracia. Diga-se, a bem da verdade, que tantas vezes os serviços locais de finanças, que mais directamente contactam com as pessoas –, não têm qualquer culpa das insuficiências e deficiências registadas ao nível dos serviços centrais, sejam no plano informático, sejam em matéria tributária.

O serviço público prestado pela DGCI aos cidadãos em 2004, pelo que foi dado a ver ao Provedor de Justiça, não só não melhorou face ao ano anterior, como piorou mesmo. É um facto que se lamenta. Os meses de 2005 já decorridos não permitem, também, registar qualquer melhoria.

Assuntos económicos e financeiros...

Ano 2004															
	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	TOTAL	% do assunto	% do total
Fiscalidade	34	28	28	40	29	41	37	41	35	44	37	32	426	100,00	50,35
IRS	18	14	10	18	8	15	14	18	22	21	21	15	194	45,54	22,93
Contr. Autárquica	4	3	7	5	3	5	6	7	2	5	4	4	55	12,91	6,50
IMI	1			2	2	2	1	1		5	2	1	17	3,99	2,01
RTP	3	3		10	5	11	10	4	6			6	58	13,62	6,86
IMT								1		2	2		5	1,17	0,59
IVA	1	4	1	1	1	4	2	3	2	4	4	1	28	6,57	3,31
Taxas	1										1		2	0,47	0,24
Sisa	1	1	1	1	1			1	1	1		1	9	2,11	1,06
IRC	4		4		5	1		4	1	4	2	1	26	6,10	3,07
Imp. Automóvel			1	3	2	1		2				1	10	2,35	1,18
Sucessório	1		1			1	1		1			1	6	1,41	0,71
Imp. s/ veículos		1	1				1			1			4	0,94	0,47
Direitos aduaneiros											1		1	0,23	0,12
Impostos esp. s/ consumo			1										1	0,23	0,12
Contr. Segurança Social		1			1		2			1			5	1,17	0,59
Imposto de selo		1			1								2	0,47	0,24
Vários			1			1						1	3	0,70	0,35
Consumo	16	16	15	18	26	14	21	21	23	27	34	23	254	100,00	30,02
Taxa/tarifa	2				2					1	1	2	8	3,15	0,95
Água	2	3	5	3	3		2	3	3	4	2	3	33	12,99	3,90
Seguros				2	1	2	2	2		2	1	1	13	5,12	1,54
Transportes	1	1		2	2			2	2			2	12	4,72	1,42
Vias de comunicação	1				2		1	4	3	1	2	2	16	6,30	1,89
Televisão			1		2			1	1	1	3	2	11	4,33	1,30
Saneamento	1	2	2	1	1	1	1	1	2	3	6	1	22	8,66	2,60
Electricidade	3	1		3	3	1	3			2	2		18	7,09	2,13
Telecomunicações:	5	6	5	0	4	3	4	4	7	8	7	6	59	23,23	6,97
Telefone fixo	5	6	3		3	3	2	2	7	5	3	2	41	16,14	4,85
Telefone móvel			1		1		1	2		1			6	2,36	0,71
Internet			1				1			2	4	4	12	4,72	1,42

Ano 2004															
	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	TOTAL	% do assunto	% do total
Gás				2	1		1		3	2	1	1	11	4,33	1,30
Bancos			1		2	2		1		1	2	1	10	3,94	1,18
Correios	1	1	1	3		2	6			2	1	2	19	7,48	2,25
Publicidade						1	1				1		3	1,18	0,35
Turismo					2			2	1		3	1	9	3,54	1,06
Outros		2		2	1	2		1	1			1	10	3,94	1,18
Assuntos bancários	3	1	3	4	4	1	3	2		2	2	2	27	100,00	3,19
Responsabilidade civil	3	5	7		4	1	3	3	6	2	2	5	41	100,00	4,85
Assuntos financeiros	2		1	2	5	2	2	4	1	2	2		23	100,00	2,72
Fundos comunitários	0	0	2	1	1	1	4	1	6	3	4	3	26	100,00	3,07
Emprego			1				2		3	2	1	2	11	42,31	1,30
Agricultura			1	1	1	1	2	1	3		2		12	46,15	1,42
Educação											1			0,00	0,00
Empresas										1		1	2	7,69	0,24
Acesso e exercício de actividades económicas	5	1	1	3	2	2				1	1	2	18	100,00	2,13
Habitação										1		1	2	100,00	0,24
Concursos públicos	1	2		1		1	1				1		7	100,00	0,83
Mercado de capitais	1								1				2	100,00	0,24
Jogo				2				2					4	100,00	0,47
Comércio		1			1						1		3	100,00	0,35
Concorrência		1	2			1					1		5	100,00	0,59
Transportes													0	0,00	0,00
Agricultura					2		2	1	1				6	100,00	0,71
Descolonização		1					1						2	100,00	0,24
Total	65	56	59	71	74	64	74	75	73	82	85	68	846		100,00

2.2.2. Recomendações

Ex.^{mo} Senhor
Presidente do Conselho de Administração
da PT Comunicações, S.A.

R-4227/2003
Rec. n.º 5/A/2004
05.04.2004
Assessor: André Barata

I Enunciado

1. Encontram-se pendentes na Provedoria de Justiça vários processos que têm em comum a questão da devolução dos quantitativos que, nos anos de 1998 e 1999, foram cobrados pela PT Comunicações aos utentes a título de activação de chamada.

2. Sem deixar de verificar que as medidas tomadas – desde que, por acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, a PT Comunicações foi condenada à restituição dos montantes cobrados aos seus clientes no ano de 1999 – permitiram resolver algumas das questões que as múltiplas queixas entretanto dirigidas a este órgão do Estado encerravam, constato que subsistem ainda alguns problemas para os quais se me afigura imperioso encontrar solução, em tempo útil.

II Os factos

3. No essencial, resulta dos dados coligidos nos autos pendentes na Provedoria de Justiça que:

- a) uma vez condenada a restituir aos seus clientes os valores cobrados a título de activação de chamada durante o ano de 1999, a PT



- Comunicações optou por cumprir voluntariamente o decidido judicialmente;
- b) a posição tomada pela Empresa adveio do reconhecimento de que, nestas situações, o recurso a um novo procedimento judicial seria excessivamente moroso e oneroso para os lesados, os quais, através de um processo extrajudicial de reembolso, veriam os seus interesses salvaguardados de modo mais eficiente;
 - c) em ordem a não prejudicar os utentes então abrangidos pelos sistemas de facturação que discriminavam apenas o número de impulsos, sem qualquer referência ao tipo e número de comunicações, e por essa razão não permitiam apurar o exacto valor despendido em activação de chamadas, se adoptou um critério para determinação de um valor aproximado;
 - d) assim, enquanto que para os actuais clientes da PT Comunicações o reembolso é efectivado por crédito lançado na factura do serviço telefónico, os ex-clientes podem optar por receber vales de compras ou cheques no respectivo valor;
 - e) o processamento do reembolso no âmbito do processo extrajudicial da iniciativa da PT Comunicações só tem lugar quando o interessado, munido do respectivo documento de identificação, apresente as facturas e comprovativos de pagamento relativos ao período em causa;
 - f) nos termos do acordo tornado público em 15 de Março p.p., celebrado com vista a pôr termo ao diferendo que, tendo por objecto a “taxa de activação”, se mantinha entre a PT Comunicações e a DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, foi anunciado um conjunto de benefícios para os consumidores, como seja a gratuidade do serviço fixo de telefone (chamadas nacionais, regionais e locais) durante 13 domingos, a iniciar a 21 de Março e a terminar em 13 de Junho, entre as 0.00 e as 24.00 horas;
 - g) em face das dúvidas entretanto suscitadas quanto ao conteúdo e modelo de aplicação do referido acordo, em 19 de Março p.p. foi ainda anunciado que, por determinação da ANACOM, a oferta das chamadas efectuadas ao domingo ficava condicionada à marcação do prefixo 1070, seguido do número chamado;

- h)* na mesma data em que anunciou a oferta das chamadas efectuadas aos domingos e de um mês de assinatura aos beneficiários do plano de pensionistas/reformados, bem como a atribuição de um desconto na adesão ao serviço Internet ADSL, a PT Comunicações informou da intenção de alargar ao ano de 1998 a iniciativa de reembolso voluntário dos montantes cobrados a título de activação de chamada, desde que apresentadas as respectivas facturas.

III Apreciação

4. Sem deixar de registar com agrado todas as iniciativas já desencadeadas no sentido de acautelar devidamente os direitos dos utentes lesados, é minha convicção que o objectivo a que se propôs a PT Comunicações só será plenamente atingido mediante uma reformulação dos critérios que presidem ao processo de reembolso em curso.

5. Com efeito, a crer nos dados recentemente divulgados pela comunicação social, que o recebimento de um expressivo número de queixas na Provedoria de Justiça veio confirmar, é minha convicção que, a manter-se o actual quadro, só uma ínfima percentagem dos utentes residenciais que pretendem a devolução do valor indevidamente cobrado pela PT Comunicações obterá o respectivo reembolso.

6. É que se, por um lado, a fixação de um prazo legal de seis meses para a prescrição do direito de a empresa exigir o pagamento do preço do serviço prestado levou a que um elevado número de utentes deixasse de dispor dos documentos ora exigidos pela PT Comunicações, por outro lado, a combinação de factores como sejam o diminuto valor das importâncias em causa – tanto mais que a possibilidade de devolução se mantém circunscrita aos clientes residenciais – e a ausência de um aprofundado conhecimento da situação por parte dos lesados, perspectiva a ausência do necessário impulso processual pela totalidade, ou quase totalidade, destes utentes.

7. Tanto assim é que, de acordo com notícias recentemente vindas a público, em Fevereiro p.p. ainda nenhum consumidor tomara a iniciativa de pedir a aplicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça no mês de Outubro.

8. Se os factos anteriormente postos em evidência já se me afiguravam suficientes para justificar um novo alinhamento da PT Comunicações quanto a este aspecto concreto do problema, mais consentâneo com a preocupação manifestada pela empresa no sentido de ver, sem excessiva dificuldade e morosidade, plenamente salvaguardados os direitos e interesses dos utentes lesados, o facto de a empresa dispor dos dados referentes às comunicações facturadas aos seus clientes devidamente arquivados, inquestionavelmente reclama uma diferente e mais adequada concretização do julgado.

9. Ora, acreditando que os recentes desenvolvimentos que o assunto sofreu contribuirão para uma redução do já diminuto número deste tipo de pedidos e que, em muitos casos, só a PT Comunicações disporá dos dados necessários para o cálculo do reembolso – sendo igualmente certo que, quando para tal instada pelos assinantes, a empresa se tem sistematicamente recusado a fornecer uma segunda via da segunda página das facturas – não parece de admitir outra solução que não seja a de V. Ex.^{as}, de *motu proprio*, procederem ao apuramento e processamento destes reembolsos, dispensando os interessados de apresentar uma cópia das facturas/recibos.

10. Com efeito, tendo a PT Comunicações todos os elementos para o efeito, como reconhece, e sendo previsivelmente menor o número de consumidores interessados, deve a mesma, relativamente aos consumidores que o pretenderem e solicitarem, calcular e devolver o montante exacto – ou, nos casos a que me refiro em 3. c), aproximado – cobrado a título de impulso de activação.

11. Um segundo aspecto que me suscita preocupação neste processo, prende-se com o procedimento atinente à necessidade de marcação do prefixo 1070, seguido do número de telefone fixo para o qual os utentes pretendem ligar.

12. Na verdade, se a exigência de marcação de um prefixo não me levanta quaisquer reservas, já a sua imposição desacompanhada de um conjunto de outras medidas essenciais à devida salvaguarda dos direitos dos seus principais destinatários, representa um potencial foco gerador de novos conflitos, que urge prevenir e corrigir.

13. Com efeito, e aqui apoiado em queixas de utentes que se me dirigiram nos últimos dias, não tendo tal imposição sido objecto de uma atempada e alargada campanha de esclarecimento junto dos consumidores, tenho por fundado o receio de que um número expressivo de consumidores, muito

embora convictos da gratuidade das chamadas efectuadas aos domingos, não tenha marcado o necessário prefixo.

14. Ora, a confirmar-se este facto, bem como o noticiado acréscimo de cinquenta por cento no volume de chamadas efectuadas através da rede fixa aos domingos, tenho por adquirido que, aquando da facturação destes telefonemas pela empresa, eclodirá um novo problema.

15. Deste modo, importa não só pôr termo ao actual défice de informação ao utente, mas também garantir a não cobrança das chamadas que, em tais circunstâncias, foram efectuadas pelos consumidores sem marcação do prefixo – sem prejuízo de outros domingos em que se verifique persistir tal situação, parece-me desde já de aplicar esta orientação aos telefonemas realizados nos passados dias 21 e 28 de Março e 4 de Abril, datas em que foi mais patente o défice de informação ao utente.

16. Na verdade, sem deixar de atender às circunstâncias que motivaram a necessidade de adopção do prefixo, compreenderá V. Ex.^a que a disponibilização tardia e insuficiente da informação sobre este procedimento pouco usual justifica a necessidade de intensificação e alargamento dos respectivos processos de divulgação, pelo que, sem prejuízo de outros meios já equacionados para o efeito, me permito sugerir que seja ponderado o envio de uma carta a todos os utentes ou a inserção de uma gravação audível aos domingos.

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*) a adopção de medidas tendentes a assegurar que, relativamente às importâncias cobradas a título de taxa de activação de chamada no anos de 1998 e 1999, todos os consumidores lesados que o requieram sejam reembolsados sem necessidade de apresentação de cópia das respectivas facturas/recibos;
- b*) que, com a maior brevidade, providencie de modo a que todos os consumidores fiquem informados de que a gratuidade das chamadas efectuadas aos domingos depende da marcação do prefixo 1070, seja através do envio de uma carta aos utentes, da inserção



de uma gravação audível aos domingos ou de outros meios tidos por adequados à prossecução deste objectivo;

- c) que, até à concretização das medidas tendentes a assegurar um amplo e efectivo esclarecimento acerca de todas as condições de acesso ao referido benefício, se não proceda à cobrança das chamadas nacionais, regionais e locais que, sem marcação do prefixo, tenham sido efectuadas pelos consumidores ao domingo, designadamente as chamadas realizadas nos passados dias 21 e 28 de Março e 4 de Abril.

Solicito a V. Ex.^a que, em cumprimento do dever consagrado no art. 38.º, n.º 2, do Estatuto aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, se digne informar sobre a sequência que o assunto venha a merecer.

Acatada parcialmente



2.2.3. Processos anotados

R-5184/98 e apensos
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. IRS. Suspensão de reembolsos. Juros indemnizatórios. Direito à informação.

Objecto: Suspensão de reembolsos de IRS por força de acções de fiscalização. Pagamento de juros e prestação de informações aos contribuintes.

Decisão: Formulada Recomendação no sentido de:

1. Serem pagos juros indemnizatórios aos contribuintes em caso de incumprimento do prazo legal de restituição oficiosa do IRS motivado pela realização de acções de fiscalização e controlo das declarações de rendimentos;
2. Ser prestada informação detalhada aos contribuintes relativamente às consequências – nomeadamente contra-ordenacionais – da entrega de declarações de substituição.

Síntese:

1. Foram apresentadas várias queixas na Provedoria de Justiça por parte de contribuintes que referiam a excessiva morosidade na definição da sua situação tributária em sede de IRS relativamente a anos em que as suas declarações de rendimento eram objecto de fiscalização, situação agravada pelo facto de os respectivos reembolsos, quando finalmente eram processados, não serem acompanhados de juros.

2. Queixavam-se ainda os reclamantes de que, quando seguiam indicações dos serviços da DGCJ no sentido de entregar declarações de substituição destinadas a corrigir determinados elementos por si inscritos nas declarações de rendimentos fiscalizadas, eram mais tarde confrontados com notificações para pagamento de coimas decorrentes da entrega de tais decla-



rações de substituição, sem que previamente lhes tivesse sido prestada qualquer informação ou efectuado qualquer aviso a esse respeito.

3. Foi dirigida Recomendação ao Director-Geral dos Impostos versando sobre ambas as questões:

3.1. Quanto ao direito a juros

O Provedor de Justiça considerou, desde cedo, que da lei vigente (artigos 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro, 96.º do Código do IRS e 43.º, n.º 3, alínea *c*) da Lei Geral Tributária) resultava a obrigatoriedade de pagamento de juros indemnizatórios aos contribuintes cujos reembolsos eram processados para além do prazo legalmente previsto apenas devido a acções de fiscalização prévias à emissão de tais reembolsos. Foi, por isso, recomendado o pagamento de juros ao abrigo de tais preceitos legais.

A Administração Tributária considerava, pelo contrário, que o pagamento de juros nestes casos dependia de alteração legislativa que expressamente o consagrasse. Muito embora discordasse deste entendimento, considerou o Provedor de Justiça que, se a alteração legislativa era, no entendimento da Administração, essencial ao reconhecimento do direito a juros nesses casos, a mesma deveria ser promovida, sob pena de total desprotecção dos cidadãos que viam retidos os seus reembolsos por motivos que não lhe eram imputáveis e sem qualquer compensação por esse facto.

A alteração legislativa em causa acabou por ser concretizada através do Decreto-Lei n.º 160/2003, de 19 de Julho, que deu nova redacção ao artigo 16.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro, o qual passou a consagrar expressamente o direito a juros indemnizatórios nos casos em que haja lugar a alteração dos elementos inicialmente declarados pelos sujeitos passivos, ocorra essa alteração por iniciativa dos próprios (isto é, por apresentação de declaração de substituição), ou por iniciativa da Administração Fiscal (ao abrigo do artigo 65.º, n.º 4, do CIRS).

Apesar de esta alteração legislativa ter consagrado uma solução que fica aquém do recomendado (em termos de contagem do período durante o qual são devidos juros, a tese defendida na Recomendação era mais favorável aos contribuintes), considerou o Provedor de Justiça que a solução adoptada através da alteração legislativa produzida abre a porta a um reforço dos direitos dos contribuintes.

Porém, a eficácia desta solução depende da celeridade colocada pela DGCI no desencadear dos procedimentos de fiscalização prévios à emissão de

reembolsos, já que o protelamento do início desses procedimentos equivale, nos termos da solução legal agora consagrada, a um protelamento do início da contagem do período pelo qual são devidos juros, assim podendo ser subvertida a intenção subjacente à alteração legislativa em causa e à Recomendação que a precedeu.

Isso mesmo foi realçado pelo Provedor de Justiça junto do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais e do Director-Geral dos Impostos, aos quais foi solicitado especial empenho na observação do modo como se processará a actuação futura dos serviços da DGCI nesta matéria, questão à qual a Provedoria de Justiça também ficará atenta.

3.2. Quanto às informações a prestar aos contribuintes quando lhes seja sugerida ou dado conhecimento da possibilidade de apresentação de declarações de substituição com vista à alteração de elementos inicialmente declarados.

Este aspecto da Recomendação foi acatado na íntegra mediante a divulgação, pelos serviços da DGCI, do ofício circulado n.º 20089/03, de 10 de Dezembro, da DSIRS, através do qual o Subdirector-Geral dos Impostos deu instruções claras e detalhadas sobre a importância – e o teor – das informações a prestar aos contribuintes sempre que esteja em causa a correcção de elementos por si declarados em sede de IRS, nomeadamente através da entrega de declarações de substituição.

4. Alcançado, desta forma, o acatamento da Recomendação formulada, foi determinado o arquivamento do processo principal e seus apensos.

R-5917/01

Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. IVA. IRC. Facturas falsas. Relevância fiscal. Revisão oficiosa das liquidações. Prescrição do procedimento criminal tributário. Inexistência de factos tributários. Anulação das liquidações. Extinção dos processos.

Objecto: Anulação das liquidações de IVA e de IRC, extinção dos respectivos processos de execução fiscal e extinção da impugnação judicial

da liquidação do IRC, dada a inexistência de factos tributários decorrente da falsidade dos documentos que os titulavam.

Decisão: Procedeu-se ao arquivamento do processo por obtenção integral do resultado pretendido.

Síntese:

1. No decurso do exercício do ano de 1993, a sociedade ... emitiu facturas que titulavam serviços prestadas a outras empresas, nas quais fez figurar, para além do valor das prestações de serviços, o valor do IVA sobre as mesmas, à taxa legal.

2. Na posse daquelas facturas, as empresas clientes exerceram o direito à dedução do IVA nelas mencionado, tendo-lhes sido pagos, pela Administração Fiscal, os respectivos reembolsos.

3. Contudo, não tendo a empresa emitente das facturas feito entrega do IVA nelas liquidado, viria a Administração Fiscal a emitir liquidações adicionais de valor correspondente à prestação tributária em falta, e a qualificar a actuação do sujeito passivo como indiciadora da prática do crime de abuso de confiança fiscal, então previsto e punido pelo artigo 24.º do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro.

4. Porque o valor dos serviços prestados, mencionados nas referidas facturas, configuravam proveitos sujeitos a tributação em IRC e não tinham sido levados à contabilidade do sujeito passivo, viria igualmente a ser corrigida a matéria tributável declarada para o exercício e efectuada liquidação adicional de IRC.

5. Em simultâneo, foi aberto e instruído na direcção de finanças da área da sede do sujeito passivo, o processo de averiguações a que se referia o artigo 43.º do RJIFNA, remetido ao Ministério Público competente para acusação do crime ali indiciado.

6. Na audiência de julgamento nos autos de processo comum singular aberto em 2000, no Tribunal Judicial da Comarca da área da sede dos arguidos (pessoa colectiva e seus representantes, em co-autoria material), ficou provado que as facturas emitidas eram falsas, pois titulavam negócios simulados.

7. E foi decidido que:

- a) o procedimento criminal se encontrava prescrito;
- b) os factos constantes do processo de averiguações elaborado pela direcção de finanças tipificavam o crime de fraude fiscal, previsto e punido pelo artigo 23.º do RJFNA, por se dirigir à obtenção de vantagens fiscais ilícitas para terceiros (obtenção de reembolsos de IVA);
- c) sendo as facturas falsas, como ficou provado, da sua emissão não poderia decorrer qualquer apropriação ilegítima de prestação tributária legalmente repercutida sobre terceiros, porquanto também a liquidação do IVA constante das facturas era simulada;
- d) os arguidos ficavam absolvidos da prática do crime de que haviam sido indiciados e acusados pelo Ministério Público.

8. Comunicado o teor da sentença à Administração Fiscal, viria esta a decidir-se pela manutenção das liquidações de IVA e de IRC efectuadas com base nas referidas facturas, apesar da impugnação judicial deduzida contra a liquidação adicional de IRC.

9. Questionadas as Direcções de Serviços do IVA e do IRC sobre a relevância fiscal dos valores constantes das facturas declaradas falsas por decisão judicial, viriam estas a emitir pareceres contraditórios: a primeira, considerando que a indicação de IVA numa factura configura auto-liquidação de imposto, sempre exigível; a segunda, entendendo que, sendo as facturas falsas, os proveitos que delas constavam não poderiam ser acrescentados à matéria tributável de IRC, por inexistentes.

10. Em face da contradição expressa nos pareceres emitidos, solicitou-se à Direcção de Serviços de Justiça Tributária que emitisse parecer decisivo, com os seguintes fundamentos:

- a) a sentença proferida no processo penal fiscal não tem eficácia anulatória das liquidações efectuadas, pois não teve por objecto a apreciação da sua legalidade, nem os tribunais judiciais gozam de competência em matéria tributária;
- b) porém, os factos nela provados constituem prova suficiente de que, não existindo facto tributário, não poderá ocorrer qualquer tributação;

- c) que, assim sendo, as mencionadas liquidações adicionais não podem subsistir na ordem jurídica, em substituição da pena criminal de que os arguidos foram absolvidos;
- d) que a presunção contida na norma de incidência do artigo 2.º do Código do IVA, segundo a qual são sujeitos passivos daquele imposto as pessoas singulares ou colectivas que, em factura ou documento equivalente, mencionem indevidamente IVA, é ilidida pela prova constante da decisão judicial;
- e) que a Administração Fiscal ainda está em tempo de proceder à sua revisão (anulação) oficiosa, nos termos do artigo 78.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, por se verificar a existência cumulativa dos pressupostos ali referidos – as liquidações decorreram de erro dos serviços na qualificação dos factos que as originaram e os impostos ainda não foram objecto de pagamento, encontrando-se em fase de cobrança coerciva;
- f) que a pendência do processo de impugnação judicial contra a liquidação adicional de IRC não obstará à anulação oficiosa da liquidação que, a ter lugar, constituiria facto superveniente justificativo da extinção do processo, a solicitar ao tribunal competente, pelo representante da Fazenda Pública;
- g) que, anuladas as liquidações emitidas, deveriam as execuções fiscais instauradas ser declaradas extintas.

11. O pedido da Provedoria de Justiça foi totalmente acolhido por parecer da Direcção de Serviços Jurídicos e do Contencioso da Direcção-Geral dos Impostos, sancionado por Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (Despacho SEAF n.º 2541/2003 – XV, de 20 de Outubro).

12. Questionada a Direcção de Finanças da área da sede do sujeito passivo sobre os procedimentos adoptados com vista à anulação das liquidações em questão, viria a mesma a responder que havia solicitado instruções à Direcção de Serviços do IVA.

13. Por sua vez, a Direcção de Serviços do IVA respondeu com um despacho do Director de Serviços, anterior à emissão do Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, em que se pronunciava contra a anulação oficiosa das liquidações efectuadas.

14. Dada a evidente descoordenação entre as decisões dos vários serviços da Direcção-Geral dos Impostos, foram efectuadas novas insistências junto da Administração Fiscal, para cumprimento integral do determinado no despacho do seu mais elevado superior hierárquico.

15. Finalmente, quase três anos após o início da instrução dos autos, e quase um ano após a emissão do referido Despacho SEAF n.º 2541/2003-XV, de 20 de Outubro, procedeu-se ao arquivamento do processo, dado o teor do ofício da Direcção de Finanças, em que se informava:

- a) terem sido anuladas as liquidações officiosas de IVA e juros compensatórios do ano de 1993, emitidas com base nas facturas falsas;
- b) que o representante da Fazenda Pública junto do Tribunal Central Administrativo, onde se encontra pendente o processo de impugnação judicial da liquidação de IRC do exercício de 1993, solicitou a sua extinção, por anulação da liquidação impugnada.

R-1013/02

Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. Contribuição Autárquica. Duplicação de colecta. Pagamento indevido. Mínimo reembolsável. Recusa de restituição.

Objecto: Apreciação da legalidade do fraccionamento do valor total da contribuição autárquica a reembolsar, em parcelas inferiores ao valor mínimo legal da anulação officiosa e de restituição.

Decisão: Tendo-se conseguido obter a modificação da posição reiteradamente assumida pela DGCI, foi processado o reembolso integral da contribuição autárquica devido ao reclamante, e arquivou-se consequentemente o processo.

Síntese:

Em 2002 foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça, a fim de que a Administração Fiscal procedesse à anulação e reembolso da quantia de € 8,73, referente à contribuição autárquica do ano de 1993, paga em Janeiro de 1999.

O imposto incidiu sobre três prédios rústicos que haviam sido objecto de tributação na esfera jurídica do seu anterior titular, já falecido, vindo a ser novamente tributados em nome da herdeira a quem os mesmos couberam em herança.

Tratando-se do mesmo imposto, referente ao mesmo período temporal e ainda que liquidado a sujeitos passivos diversos, estava-se perante um caso de duplicação de colecta, cujo conhecimento officioso pelo chefe do Serviço de Finanças da localização dos imóveis tributados haveria de determinar a anulação da colecta paga em último lugar, com a consequente restituição do indevidamente pago.

Após o pagamento efectuado pelo titular dos imóveis, em Janeiro de 1999, este apercebeu-se da duplicação de colecta, e solicitou a sua anulação e a restituição do que tinha pago em excesso, por erro dos serviços.

Por dificuldades na implementação do novo sistema informático para o tratamento dos dados referentes à contribuição autárquica, a anulação e reembolso ao sujeito passivo apenas viriam a ocorrer já no decurso do ano de 2002, após intervenção do Provedor de Justiça.

Porém, a rectificação foi apenas parcial dado que, novamente por erro dos serviços, apenas se procedeu à anulação da colecta referente ao imóvel de maior valor patrimonial, da quantia de € 7,00, mantendo-se a colecta referente aos restantes imóveis, da quantia de € 1,73, inferior ao valor estabelecido pelo artigo 21.º, n.º 4, do Código da Contribuição Autárquica, de € 4,99, abaixo do qual não é possível, por motivos de economia do imposto, proceder nem a liquidações adicionais nem a anulações.

A obtenção do reembolso integral não era agora uma questão de valor, mas sim uma questão de princípio, já que o princípio da legalidade tributária impõe que ninguém seja obrigado a pagar impostos em valor superior ao que resulta da lei de imposto – este é um dos direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, consagrado pelo artigo 103.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

Tal direito dos contribuintes impede a Administração Fiscal de, ainda que involuntariamente, fraccionar reembolsos devidos aos sujeitos passivos em parcelas inferiores ao limite legalmente estabelecido pelo citado artigo 21.º, n.º 4, do Código da Contribuição Autárquica, aplicável ao caso concreto, sob pena de, no limite, se eximir à restituição dos valores cobrados em excesso aos particulares.

Após diversas diligências junto de vários órgãos da Administração Fiscal, nomeadamente da Direcção de Serviços da Contribuição Autárquica e da Direcção de Serviços de Reembolsos da DGCI, sempre estes serviços se escudaram com o cumprimento escrupuloso da norma do artigo 21.º, n.º 4, do Código da Contribuição Autárquica, sem atender aos princípios que lhe estão subjacentes e concluindo pela impossibilidade de proceder à restituição do valor residual de € 1,73.

Contudo, o direito à restituição daquela quantia viria a ser reconhecido por Despacho do Director-Geral dos Impostos, datado de 27 de Agosto de 2003, que ordenou a restituição daquele valor, cujo cheque foi emitido em 29.12.2003.

Reposta finalmente a legalidade da situação objecto de queixa ao Provedor de Justiça e satisfeita na íntegra a justa pretensão do contribuinte, procedeu-se ao arquivamento dos autos.

R-1603/02 e outros
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. IRS e IRC. Regime simplificado. Indicadores de base técnico-científica para os diferentes sectores de actividade.

Objecto: Atraso na publicação da portaria contendo a lista dos indicadores objectivos de base técnico-científica para os diferentes sectores de actividade e consequente prolongamento do tempo de vigência do regime transitório previsto nos artigos 31.º, n.º 2 do Código do IRS e 53.º, n.º 4 do Código do IRC.

Decisão: Arquivamento do processo após repetidas chamadas de atenção à Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais quanto aos inconvenientes do atraso na definição dos indicadores de base técnico-científica.

Síntese:

1. O regime simplificado de tributação em IRS e IRC entrou em vigor em 01.01.2001. Contudo, para sua plena aplicação é necessária a publicação da portaria do Ministério das Finanças prevista nos artigos 31.º, n.º 4 do Código do IRS (CIRS) e 53.º, n.º 5 do Código do IRC (CIRC), contendo a lista

dos indicadores de base técnico-científica aplicáveis aos diferentes sectores de actividade.

2. Até à publicação de tal portaria vigora um regime transitório nos termos do qual o rendimento colectável em IRS e o lucro tributável em IRC são apurados por recurso a coeficientes fixos, os quais, por serem aplicáveis de igual modo a todos os sectores de actividade, não têm em conta as respectivas especificidades.

3. Este facto levou à apresentação de várias queixas ao Provedor de Justiça que, por considerar que o regime transitório deveria vigorar apenas o tempo estritamente necessário à definição dos índices de base técnico-científica e à publicação da portaria respectiva, quis saber junto do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais qual o estado do processo de aprovação de tais índices.

4. A primeira comunicação dirigida à Secretaria de Estado a este respeito ocorreu em Junho de 2002, tendo-se-lhe sucedido duas outras, datadas de Agosto e Outubro de 2002.

5. Em finais de 2002 foi recebida informação da Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais segundo a qual ao longo de 2003 procuraria encontrar-se “a solução justa e adequada” para o problema.

6. Consequentemente, voltou a Provedoria de Justiça a inquirir da evolução do assunto – sempre salientando a importância da sua célere resolução – por comunicações datadas de Outubro/2003, Novembro/2003, Dezembro/2003 e Janeiro/2004.

7. Nova resposta da Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais, no início do ano de 2004, dá conta de os estudos em curso ainda não estarem ultimados, o que suscitou nova intervenção do Provedor de Justiça, em Abril de 2004, através da qual, e uma vez mais, foram salientados os inconvenientes dos atrasos registados e da manutenção em vigor de um regime por definição transitório. O assunto foi ainda objecto de duas outras comunicações à Secretaria de Estado (em Junho e Setembro de 2004).

8. Perante a inclusão desta matéria na Proposta de Lei de Orçamento de Estado para 2005, sob a forma de autorização legislativa ao Governo para rever todo o regime simplificado de tributação em sede de IRS e IRC, considerou o Provedor de Justiça que se encontravam esgotadas as suas possibilidades de intervenção na matéria, pelo que determinou o arquivamento dos respectivos processos.

- Assunto:** Fiscalidade. IRS. Reclamação graciosa da liquidação. Deferimento. Reembolso. Demora na decisão. Direito ao pagamento de juros indemnizatórios.
- Objecto:** Reconhecimento do direito automático ao recebimento de juros indemnizatórios, por demora superior a 1 ano na decisão de reclamação graciosa.
- Decisão:** Procedeu-se ao arquivamento do processo por obtenção do resultado pretendido.

Síntese:

1. No ano de 1997, a reclamante, casada com um cidadão estrangeiro, apresentou a declaração de rendimentos a que se refere o artigo 57.º do Código do IRS, na qual fez inscrever o quantitativo dos rendimentos de trabalho dependente por si auferidos naquele ano, no valor de 3.225.250\$00. Foram estes os únicos rendimentos constantes da declaração apresentada, em que o marido figurava como sujeito passivo A e a reclamante como sujeito passivo B.

2. Em acção de fiscalização, destinada a comprovar os rendimentos declarados, a reclamante não o conseguiu fazer, por não possuir a declaração a que aludia o artigo 114.º, n.º 1, alínea b) do mesmo Código (redacção em vigor à data dos factos), pelo facto de a entidade patronal se recusar a emití-la.

3. O único meio de prova de que a reclamante dispunha eram os recibos dos salários mensais.

4. No recibo do mês de Junho, para além dos valores referentes ao vencimento base, subsídio de férias e IRS retido na fonte, constavam ainda verbas referentes a subsídio de Natal, indemnização e férias não gozadas. A soma dos rendimentos anuais era de 4.080.250\$00 e não de 3.225.250\$00, conforme declarado.

5. Em consequência, foi corrigida officiosamente a declaração de rendimentos e processada a liquidação de IRS, de que resultou o reembolso da quantia de 146.605\$00 (€ 731,26).

6. Inconformada com o valor do reembolso emitido, a reclamante deduziu reclamação graciosa, em 17 de Junho de 1999, na qual ofereceu provas de que a indemnização recebida respeitava à cessação do contrato de trabalho, não se encontrando abrangida pelo âmbito de incidência do imposto (artigo 2.º, n.ºs 4 e 5, do Código do IRS).

7. A reclamação graciosa viria a ser deferida, com a emissão de novo reembolso da quantia de € 1.138,73, conforme a liquidação efectuada em 29 de Janeiro de 2002. Nem o primeiro nem o segundo dos reembolsos pagos para além dos prazos previstos nas leis fiscais contemplaram qualquer valor referente a juros indemnizatórios.

8. A reclamante e o marido conformaram-se com o não pagamento de juros indemnizatórios, aquando da emissão do primeiro dos reembolsos. Porém, estranhando a demora na decisão da reclamação graciosa deduzida em Junho de 1999, viriam a requerer, em 19 de Setembro de 2001, que lhes fosse reconhecido o direito àquela indemnização, por referência ao processo de reclamação, e nos termos do artigo 43.º, da Lei Geral Tributária.

9. O requerimento apresentado por ambos os cônjuges, mas apenas assinado pelo cônjuge mulher, deu origem à instauração de novo processo de reclamação graciosa, indeferido com o fundamento de que nele não era correctamente indicada a norma legal em que o pedido se apoiava, dado que são várias as situações em que a Administração Fiscal fica constituída no dever de indemnizar os sujeitos passivos, conforme dispõem os vários números e alíneas do referido artigo 43.º, da Lei Geral Tributária.

10. Têm entendido a doutrina e a jurisprudência – e defendido o Provedor de Justiça –, que o reconhecimento do direito aos juros indemnizatórios, à data de qualquer das reclamações graciosas – a do imposto e a dos próprios juros indemnizatórios –, é automático, não carecendo de pedido expresso do interessado.

11. Às situações anteriormente previstas no artigo 24.º do Código de Processo Tributário, revogado com a entrada em vigor da Lei Geral Tributária, em 1 de Janeiro de 1999, viria este último diploma, no seu artigo 43.º, n.º 3, alínea c), a admitir nova fonte da responsabilidade civil da Administração Fiscal – a demora superior a um ano no processamento da nota de crédito decorrente da revisão de um acto tributário, por iniciativa do sujeito passivo, salvo se o atraso não for imputável aos serviços.

12. Considerando que o prazo legal para a restituição do IRS do ano de 1997 havia expirado, no caso em apreço, em 31 de Agosto de 1998, e que a correcção à declaração inicialmente apresentada pelos sujeitos passivos decorreu de um erro de apreciação da Administração Fiscal, na posse de elementos suficientes para confirmar os dados declarados, solicitou-se o reconhecimento do direito aos juros indemnizatórios sobre o valor de cada um dos reembolsos parciais, desde 1 de Setembro de 1998, até à data da emissão de cada uma das notas de crédito, nos termos do artigo 43.º, n.º 3, alínea *a*), da Lei Geral Tributária.

13. Porém, em alternativa, e cingindo-nos ao pedido apresentado pela reclamante e marido em 19 de Setembro de 2001, apenas por referência ao segundo dos reembolsos, pediu-se o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios sobre o valor deste último, desde o dia imediato ao decurso do ano sobre a data da reclamação, até à data do seu pagamento, nos termos referidos em 11.

14. Esta segunda alternativa, assentou nos seguintes critérios:

- a*) reprodução do pedido apresentado pelos interessados;
- b*) falta de apresentação de outros meios de prova quanto aos valores inscritos na declaração de rendimentos inicial, a que obrigava o artigo 119.º, n.º 3, do Código do IRS, à data da fiscalização efectuada;
- c*) falta de identificação, por parte dos sujeitos passivos, dos meios de prova em poder da Administração Fiscal (cfr. o artigo 74.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária);
- d*) poder-dever de fiscalização a que a Administração Fiscal se encontra adstrita.

15. A satisfação de qualquer dos pedidos em alternativa foi sucessivamente recusada por diversos órgãos da cadeia hierárquica visada: pelo Director de Finanças de Lisboa, pelo Subdirector-Geral dos Impostos para a Área da Justiça Tributária e, por fim, pelo Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais.

16. Solicitada a reapreciação da última das decisões sobre o assunto, viria o Director-Geral dos Impostos a decidir pelo reconhecimento do direito a juros indemnizatórios sobre o valor do segundo reembolso (€ 1.138,73), desde

18 de Junho de 2000, até à data da sua emissão, em 29 de Janeiro de 2002, nos termos da segunda alternativa apresentada.

17. O procedimento da DCCI neste processo, censurável pelas sucessivas insistências no erro na interpretação e aplicação da lei, mereceu o reparo que, igualmente, consta do presente Relatório.

R-2052/03
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. Benefícios fiscais. Planos Poupança-Reforma (PPR). Dedução à colecta de IRS.

Objecto: Alteração legislativa que limitou a possibilidade de dedução à colecta, em sede de IRS, dos montantes investidos em PPR.

Decisão: Foi dirigida uma chamada de atenção à Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais e ofícios de sensibilização ao Instituto de Seguros de Portugal e à Associação Portuguesa de Seguradores.

Síntese:

1. As alterações introduzidas pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro (aprovou o Orçamento do Estado para 2003), no artigo 21.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais motivaram a apresentação de algumas queixas na Provedoria de Justiça, contra os novos limites assim impostos à possibilidade de dedução, à colecta do IRS, dos montantes investidos em PPR: tal dedutibilidade passou a depender, após estas alterações, da circunstância de não haver reembolso dos montantes investidos no prazo mínimo de cinco anos a contar da data das entregas.

2. Não obstante se tivesse constatado que a alteração legislativa em causa era insusceptível de crítica quando analisada sob o estricto prisma da legalidade, concluiu a Provedoria de Justiça que assistia razão aos reclamantes quando alegavam uma certa frustração de expectativas: à data da constituição dos seus PPR, estes cidadãos contavam com um quadro legal que pos-

teriormente foi alterado em sentido desfavorável aos seus interesses, nomeadamente em sede de benefícios fiscais.

3. Considerou por isso o Provedor de Justiça que deveria chamar a atenção do Secretário dos Assuntos Fiscais para o facto de as opções de investimento dos cidadãos serem condicionadas pelos contornos do regime vigente no momento em que tomam tais opções, sendo que estas pressupõem, não raro, um planeamento a médio prazo da canalização e aplicação das poupanças dos respectivos agregados familiares.

4. Sem deixar de reconhecer que alterações legislativas como a que estava em causa têm subjacente a prossecução do interesse público e de determinados objectivos de política económica, afirmou o Provedor de Justiça que esses objectivos não devem sobrepor-se, sem mais, às expectativas dos agentes económicos, sob pena de ser comprometida uma sua eventual adesão a outros regimes que, futuramente, sejam instituídos com novos objectivos de canalização de poupança e orientação de investimentos, com consequências graves ao nível da própria eficácia destes instrumentos de política económica. Foi, em suma, solicitada maior ponderação na concretização deste tipo de alterações legislativas.

5. Paralelamente, o Provedor de Justiça chamou a atenção do Instituto de Seguros de Portugal e da Associação Portuguesa de Seguradoras para a importância de as seguradoras, na apresentação e comercialização deste tipo de produtos, não se limitarem a divulgar as suas principais características, devendo acrescentar, simultaneamente, informação expressa sobre a possibilidade de as normas que regem esta matéria serem susceptíveis de alteração, por acto legislativo que as seguradoras e os cidadãos não podem prever ou controlar, mas com o qual estes devem contar à data em que tomam a decisão de contratar, ou não, com as respectivas seguradoras.

6. As respostas obtidas pelo Provedor de Justiça revelaram sintonia de opiniões acerca dos considerandos por si formulados, pelo que se consideraram alcançados os objectivos de sensibilização das entidades envolvidas neste processo, tendo o mesmo sido, por isso, arquivado.

Assunto: Assuntos bancários. Empréstimo para aquisição de habitação própria. Conversão do regime bonificado para o regime especial para cidadãos portadores de deficiência, instituído pelo Decreto-Lei n.º 230/80, de 16 de Julho, por remissão para o art. 14.º, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 43/76, de 20 de Janeiro.

Objecto: Apreciação da legalidade da recusa de conversão de um empréstimo contraído junto de uma instituição bancária privada ao abrigo do regime bonificado para o regime especial para cidadãos deficientes.

Decisão: Realizadas as necessárias diligências instrutórias junto da instituição bancária em causa e do Departamento de Supervisão Bancária do Banco de Portugal procurou salientar-se que, perante um pedido de conversão do regime de empréstimo destinado à aquisição de habitação própria para o regime especial para os cidadãos portadores de deficiência legalmente relevante (igual ou superior a 60%) devidamente comprovada, as instituições bancárias devem limitar-se a apreciar se estão preenchidos os requisitos necessários para o reconhecimento deste benefício de origem legal, que não se enquadra assim nos padrões da autonomia privada e da liberdade contratual.

Sensível a esta argumentação, a instituição bancária alterou a sua posição inicial, autorizando a conversão pretendida.

Síntese:

A instituição bancária recusou-se a autorizar a conversão do regime do empréstimo ao abrigo do qual havia concedido crédito ao reclamante para o regime especial para cidadãos deficientes, depois de lhe ter sido reconhecida uma incapacidade de 60% mediante a passagem de um atestado de incapacidade multiuso, e sem que tivesse invocado as razões concretas que poderiam fundamentar essa recusa.

O Provedor de Justiça solicitou a esta instituição bancária que voltasse a ponderar a decisão tomada, insistindo, desde logo, na necessidade de fun-

damentar a sua posição, uma vez que, apesar de o dever de fundamentação recair essencialmente sobre as entidades administrativas, deve ser também respeitado em determinadas relações entre particulares, de que constituirão exemplo as relações que se estabelecem entre as instituições bancárias e os respectivos clientes, como corolário de um bom relacionamento entre particulares e como padrão aferidor da boa fé contratual.

Argumentou-se ainda que, sendo certo que a transição para o regime especial para deficientes introduziria alterações na taxa de juro aplicável, o risco que representaria a amortização do empréstimo contraído pelo reclamante seria até menor.

Não deveria assim aceitar-se a rejeição da conversão invocando razões comerciais, uma vez que a conversão do regime de empréstimo não representaria qualquer enfraquecimento das garantias de amortização do capital mutuado, tornando menos onerosa, pelo contrário, essa amortização.

Tratava-se de uma alteração ao contrato de mútuo para efectivação de um direito consagrado na própria lei, sendo certo que a liberdade contratual não pode sobrepor-se à ordem jurídica legal e constitucionalmente instituída, sob pena da negação de direitos. Ou seja, a fonte deste benefício é legal e não contratual.

Se, por absurdo, nenhuma instituição de crédito praticasse o regime de crédito especial para deficientes, esta prerrogativa legal e decorrente de imperativos de ordem constitucional (arts. 13.º e 71.º da CRP) perderia qualquer efeito útil.

A instituição bancária acabou por rever a sua posição, aceitando a conversão do regime de empréstimo ao abrigo do qual havia concedido crédito ao reclamante, para o regime especial para deficientes.

R-2429/03

Assessor: André Barata

Assunto: Consumo. Serviços públicos. Saneamento. Tarifa de resíduos sólidos. Garagens. Direito a quitação parcial da factura (consumo de água, drenagem de águas residuais e resíduos sólidos).

Objecto: A exigência, por parte da Câmara Municipal de Tomar, de uma tarifa mensal de resíduos sólidos urbanos aos titulares de garagens de uso particular e a recusa, pelos Serviços Municipalizados de Águas e Saneamento de Tomar, do direito a quitação parcial das facturas.

Decisão: Arquivamento do processo, depois de assegurada a suspensão da cobrança da tarifa de resíduos sólidos aos titulares de fracções de garagem de uso particular, de garantida a devolução, a todos estes municípios afectados, dos quantitativos indevidamente cobrados e de reconhecido aos utentes o direito a quitação parcial das facturas.

Síntese:

1. Em 25.06.03, junto dos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Tomar (SMAS) e da Câmara Municipal de Tomar, foi apresentada uma reclamação pelo facto de:

- a) através das facturas emitidas pelos SMAS, se cobrar aos titulares de fracções de garagem uma tarifa mensal de resíduos sólidos, de quinze euros, sem que tais espaços produzissem quaisquer resíduos e existisse disposição regulamentar para o efeito;
- b) os SMAS se recusarem a aceitar o pagamento das facturas sem a liquidação daquela tarifa, tida como indevida.

2. Considerando que, decorridos mais de três meses sobre a data da sua apresentação, a referida reclamação se mantinha sem resposta, foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça.

3. Em resultado de diligências instrutórias promovidas pela Provedoria de Justiça, foi apurado que, relativamente à primeira das questões suscitadas:

- a) em 27.03.02, a câmara municipal deliberara fixar a tarifa de resíduos sólidos aplicável aos consumidores domésticos e outras instituições em quatro euros e a referente aos estabelecimentos comerciais, industriais ou similares, cujo volume diário de resíduos sólidos não excedesse os 1110 litros, em quinze euros;
- b) muito embora o regulamento municipal e o tarifário vigentes nada dissessem quanto a garagens, a autarquia entendera equiparar

estes espaços aos estabelecimentos comerciais, industriais ou similares, cobrando aos respectivos titulares a tarifa de quinze euros mensais.

4. Considerando, pois, que, para além da omissão verificada no respectivo no Regulamento de Resíduos Sólidos, Higiene e Limpeza Pública, ao pagamento da tarifa não correspondia, nestas situações, uma efectiva prestação dos serviços de recolha, transporte e tratamento de resíduos, foi sugerido à Câmara Municipal de Tomar que imediatamente suspendesse a sua cobrança e reembolsasse os munícipes dos montantes arrecadados.

5. Por outro lado, foi também considerado que a recusa do pagamento das facturas da água com exclusão da tarifa reclamada consubstanciava uma violação do direito a quitação parcial, previsto no art. 6.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

6. Após ponderar sobre os argumentos expostos por este órgão do Estado, a câmara municipal, em 28.06.04, deliberou:

- a) suspender a cobrança da tarifa de resíduos sólidos indexada às garagens;
- b) devolver aos munícipes os valores indevidamente cobrados a título de “tarifa de resíduos sólidos”, desde Junho de 2002;
- c) reconhecer o direito a quitação parcial das facturas emitidas pelos SMAS, nomeadamente quando esteja em causa o pagamento da “tarifa de resíduos sólidos”.

7. Reposta a legalidade da situação da cidadã queixosa, bem como a de todos os restantes munícipes em idênticas circunstâncias, foi determinado o arquivamento do processo.

R-2977/03

Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. IRS. Consignação de 0,5% do IRS liquidado. Lei da Liberdade Religiosa. Donativos.

Objecto: Concretização, no ano económico de 2002, da possibilidade de os sujeitos passivos de IRS destinarem a determinadas entidades 0,5% do IRS liquidado com base nas declarações anuais.

Decisão: O Provedor de Justiça sugeriu à Ministra de Estado e das Finanças que ordenasse medidas destinadas à concretização dos direitos e benefícios consagrados na Lei da Liberdade Religiosa em matéria de consignação de receitas do IRS a determinadas entidades, por iniciativa dos contribuintes. A resposta obtida permitiu concluir que parte relevante da questão objecto de queixa se encontrava resolvida, pelo que foi determinado o arquivamento do processo.

Síntese:

1. Nos termos do disposto nos n.ºs 4 e 6 do artigo 32.º da Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho (Lei da Liberdade Religiosa), uma quota equivalente a 0,5% do IRS liquidado com base nas declarações anuais pode ser destinada, pelos contribuintes, para fins religiosos ou de beneficência, a uma igreja ou comunidade religiosa radicada em Portugal. Alternativamente, a mesma quota de 0,5% do IRS liquidado pode ser consignada a favor de pessoa colectiva de utilidade pública de fins de beneficência ou de assistência ou humanitários, ou ainda a favor de uma IPSS.

2. Na queixa que deu origem à abertura do presente processo, era posta em causa uma alegada decisão dos responsáveis do Ministério das Finanças – decisão veiculada pela comunicação social – nos termos da qual, e por alegada ausência de regulamentação legal, não haveria lugar a qualquer transferência de verbas para as entidades que, nas declarações de IRS/2002, tivessem sido indicadas pelos contribuintes como destinatárias da quota de 0,5% de IRS liquidado.

3. Ao longo da instrução do processo foram efectuadas diligências junto do Gabinete da Ministra das Finanças, do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, do Secretário de Estado do Orçamento e do Director-Geral dos Impostos.

4. Estas diligências levaram à obtenção de elementos – nomeadamente dois pareceres, um elaborado pela Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais e outro pela Secretaria de Estado do Orçamento – que apontavam cla-

ramente no sentido de o direito/benefício em causa poder ser plenamente exercido e concretizado a partir do ano de 2002, independentemente de qualquer regulamentação adicional. Foi ainda apurado que a Direcção-Geral dos Impostos já dispunha de dados concretos, quer quanto à identificação da entidade beneficiária da referida consignação no ano em causa, quer quanto ao montante de verba a transferir a seu favor.

5. Uma vez que estavam criadas as condições necessárias à concretização do direito de consignação do IRS liquidado, o Provedor de Justiça sugeriu à Ministra das Finanças a urgente tomada de medidas tendentes a tal concretização.

6. A resposta obtida revelou que já se encontrava assegurada a transferência de verbas devidas às pessoas colectivas de utilidade pública e IPSS a favor das quais tivesse sido consignado 0,5% do IRS liquidado no ano de 2002 e que tivessem requerido tal benefício.

7. Pelo contrário, nos casos em que a consignação do IRS liquidado tivesse beneficiado igrejas ou comunidades religiosas, o Ministério das Finanças apenas considera possível a transferência de verbas relativamente às consignações efectuadas nas declarações de IRS referentes ao ano de 2004 e seguintes, em virtude da tardia criação e entrada em funcionamento (em Dezembro de 2003) do Registo das Pessoas Colectivas Religiosas (RPCR), que a Administração Fiscal considera essencial à aplicação e produção de efeitos do regime fiscal da LLR (nomeadamente em matéria de consignação do IRS liquidado) relativamente às igrejas ou comunidades religiosas.

8. Embora manifestando algumas reservas quanto a esta última decisão – que adia para 2004 a concretização do benefício da consignação do IRS liquidado em favor de igrejas ou comunidades religiosas – considerou o Provedor de Justiça que o essencial da questão objecto de queixa se encontrava resolvido.

9. Ao mesmo tempo que comunicou estas conclusões ao Ministério das Finanças, o Provedor de Justiça lembrou a importância de ser elaborado, quanto antes, o despacho ministerial referido nos pontos 3.ºs das Portarias n.º 80/2003, de 22 de Janeiro e n.º 362/2004, de 8 de Abril, destinado a estabelecer os procedimentos necessários à correcção do valor consignado quando haja lugar a liquidações correctivas de IRS.

- Assunto:** Fiscalidade. Processo tributário. IRS de 1995. Liquidação. Erro. Anulação judicial. Condenação da DGCI no pagamento de juros indemnizatórios ao cidadão. Demora na execução desta parte da sentença. Realização do pagamento. Erro de cálculo na contagem dos juros devidos.
- Objecto:** Obtenção do cumprimento integral do acórdão, no que respeita ao pagamento dos juros indemnizatórios devidos, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária.
- Decisão:** Procedeu-se ao arquivamento do processo na sequência da obtenção do resultado pretendido.

Síntese:

Por decisão judicial transitada em julgado em Janeiro de 2003, foi anulada a liquidação do IRS do ano de 1995, pago pela reclamante em Março de 1998. Para além da anulação da referida liquidação, o acórdão do TCA estabeleceu ainda o pagamento de juros indemnizatórios a favor da impugnante, a calcular sobre o valor do tributo pago indevidamente, por erro dos serviços.

A decisão referida apenas foi objecto de execução parcial, tendo os serviços da Direcção-Geral dos Impostos emitido, em Julho de 2003, a nota de crédito correspondente ao valor do imposto a restituir, sem a inclusão de qualquer importância referente aos juros indemnizatórios devidos ao sujeito passivo.

Na sequência da intervenção do Provedor de Justiça junto do Director-Geral dos Impostos, tendo em vista a liquidação e pagamento dos mencionados juros indemnizatórios, a contar desde a data do pagamento indevido até à data da restituição do imposto, ou seja, entre Março de 1998 e Julho de 2003, foi recebido ofício do gabinete do Subdirector-Geral da Cobrança, comunicando o pagamento dos juros indemnizatórios à reclamante, em 22 de Dezembro de 2003, bem como a forma do respectivo cálculo.

A nota de apuramento dos juros processados indica a aplicação de uma taxa uniforme de 10% sobre o valor do imposto pago indevidamente

quando, na verdade, deveriam ter sido levadas em conta as sucessivas alterações à taxa dos juros indemnizatórios, introduzidas pela Portaria n.º 263/99 de 12 de Abril, que reduziu aquela taxa para 7%, e pela Portaria n.º 291/2003 de 8 de Abril, que determinou a sua diminuição para 4%.

A correcta aplicação das taxas legais para liquidação dos juros indemnizatórios conduziria a um valor inferior em cerca de € 500 ao efectivamente pago à reclamante.

Considerando que o princípio da legalidade tributária exige a definição da situação tributária dos reclamantes na estrita medida do que é determinado pela lei de imposto, tendo por base o princípio da capacidade contributiva, não sendo legítimo que cada um pague impostos de valor inferior ou superior ao devido, nem usufrua de benefícios em medida diferente da determinada por lei, entendeu-se que também o valor da indemnização a pagar à reclamante, através da liquidação de juros indemnizatórios a seu favor, não deve exceder o quantitativo resultante da correcta aplicação das normas legais atinentes àquela matéria.

Motivo pelo qual foi alertada a entidade processadora do pagamento para a correcção na determinação do quantitativo pago, para além de lhe ter sido formulado reparo relativamente à demora injustificada no pagamento dos juros indemnizatórios.

Da mesma forma se julgou oportuno elucidar a reclamante sobre o erro em que a Administração Fiscal incorreu, bem como acerca da eventualidade de lhe vir a ser exigida a restituição do valor dos juros indemnizatórios recebidos em excesso.

R-3903/03

Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a Questão de Macau.

Objecto: Pagamento de Imposto Profissional pelos funcionários públicos da Região Administrativa Especial de Macau.

Decisão: Processo arquivado por falta de fundamento da queixa.

Síntese:

1. Em queixa apresentada na Provedoria de Justiça foi defendida a tese de que a legislação aprovada pela Assembleia Legislativa de Macau no sentido de os funcionários públicos – entre os quais os de nacionalidade portuguesa que estavam ao serviço da Administração Pública de Macau em 19.12.1999 – passarem a estar obrigados ao pagamento de Imposto Profissional, consubstanciaria a violação da Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a Questão de Macau (DCLC), mais concretamente das garantias contidas no seu Anexo I, Capítulo VI, nos termos do qual: *“Após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, os nacionais chineses e os portugueses e outros estrangeiros que tenham previamente trabalhado nos serviços públicos (...) de Macau podem manter os seus vínculos funcionais e continuarão a trabalhar com vencimentos, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores”*.

2. O reclamante questionava a Provedoria sobre se o Governo Português, enquanto subscritor da DCLC, não deveria zelar pelo cumprimento da mesma e, em caso afirmativo, de que forma.

3. Apreciada a questão concluiu-se pela improcedência da queixa, desde logo por se ter entendido que a supra citada disposição da DCLC não proíbe a diminuição de vencimentos líquidos. Tal conclusão é, desde logo, suportada por jurisprudência do STA (Ac. de 28.01.1988, proc. 037191, in *www.dgsi.pt*) que considera que *“na técnica legislativa corrente, quando as leis se referem a remunerações reportam-se, em princípio, a montantes líquidos”*.

4. Os diplomas que, quer em Portugal, quer em Macau, contêm definições dos termos “remuneração”, “retribuição” e “vencimento” apontam também nesse sentido. Analisadas disposições constantes do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16.10 (estabelece, em Portugal, regras sobre o estatuto remuneratório dos funcionários e agentes da administração pública), em especial as constantes dos seus artigos 3.º a 7.º, 13.º e 14.º, assim como as normas mais relevantes do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro (em especial os seus artigos 174.º e 179.º), constatou-se que os termos “remuneração” e “vencimento” utilizados respectivamente na Administração Pública Portuguesa e Macaense correspondem a montantes brutos, aos quais são subtraídos

os descontos previstos na lei apurando-se então a remuneração ou o vencimento líquido.

5. Da análise teleológica e sistemática da norma da DCLC em que o reclamante fundamenta a sua tese concluiu-se, por outro lado, que os “subsídios e benefícios” que a DCLC visa assegurar são os que tenham directa relação com a manutenção do vínculo funcional. Dito de outra forma, o que a Declaração visa garantir é a manutenção das regalias ou benefícios de natureza laboral, isto é, aqueles que os trabalhadores auferem em função da prestação de trabalho.

6. Assim sendo, e porque a alteração das condições de tributação dos rendimentos auferidos pelos funcionários de nacionalidade portuguesa que estavam ao serviço da Administração Pública de Macau em 19.12.1999 não se apresenta como um problema de natureza laboral mas sim de política fiscal, a alteração em causa não pode considerar-se violadora da DCLC que, em matéria fiscal, atribui plena autonomia à Região Administrativa Especial de Macau (Capítulo XII do Anexo I à DCLC).

R-4325/03

Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. Benefícios fiscais. Isenção de IVA e Imposto Automóvel. Conceito de deficiente motor.

Objecto: Interpretação do conceito de “deficiente motor” para efeitos de concessão de benefícios fiscais na aquisição de veículo automóvel, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 103-A/90, de 22 de Março.

Decisão: O processo foi arquivado após a Alfândega do Freixieiro ter comunicado à Provedoria de Justiça que alterara a posição inicialmente assumida, de indeferimento do pedido de isenção de IVA e IA formulado pelo interessado, tendo acabado por deferir tal pedido, indo assim ao encontro da tese defendida pela Provedoria e pelo Tribunal Constitucional.

Síntese:

1. A queixa que deu origem à abertura do processo foi apresentada por cidadão portador de deficiência do foro endocrinológico (hipopituita-

risimo) que fora informado da impossibilidade de beneficiar da isenção de IVA e IA na aquisição de veículo automóvel uma vez que aquela incapacidade não se situava ao nível do aparelho locomotor, como alegadamente seria exigido pelo Decreto-Lei n.º 103-A/30, de 22 de Março, que consagra tal benefício. O interessado considerava que deveria ter direito à isenção pelo facto de a deficiência em causa lhe dificultar, de facto, a locomoção na via pública e a utilização de transportes públicos, sendo esses os requisitos de que o artigo 2.º do mencionado decreto-lei faz depender a atribuição do benefício pretendido.

2. Bastante tempo antes desta queixa o Provedor de Justiça já havia tomado posição sobre o assunto e defendido tese idêntica à do reclamante, tese que, porém, a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo não acolhera, tendo continuado a defender que a isenção em causa era apenas aplicável a portadores de deficiência localizada no aparelho locomotor. O Provedor de Justiça chegou a submeter o assunto à apreciação do Tribunal Constitucional que, no seu Acórdão n.º 188/2003⁹⁸, sufragou entendimento idêntico ao deste órgão do Estado quanto à interpretação e aplicação das normas do decreto-lei em apreço.

3. Sendo este o historial da questão que o reclamante colocou à Provedoria de Justiça, a decisão tomada face à sua queixa foi a de questionar a Alfândega do Freixieiro (a entidade visada neste caso concreto) sobre os motivos pelos quais, mesmo depois de o Provedor de Justiça e o Tribunal Constitucional terem revelado sintonia de opiniões sobre a melhor interpretação a dar às normas em causa, estas continuavam a ser interpretadas de modo injustificadamente restritivo.

4. A Alfândega do Freixieiro veio a rever a sua posição e a reconhecer que, não obstante a deficiência do reclamante fosse do foro endocrinológico, as incapacidades resultantes de tal deficiência tinham consequências ao nível da locomoção e da utilização de transportes públicos, desde logo considerando a altura do interessado (1,30m) e a dimensão dos seus membros inferiores e superiores. Consequentemente, foi pela Alfândega alterada a sua posição inicial e consequentemente concedida a isenção de IVA e IA na aquisição do veículo.

⁹⁸ In DR II Série, n.º 122, de 27.05.2003, págs. 8200 e segs.

- Assunto:** Consumo. Comunicações. Telefone fixo. Serviço público. Interrupção. Avaria. Demora na reparação. Isolamento geográfico de comunidade.
- Objecto:** Em questão, o facto de um elevado número de habitantes de uma aldeia isolada do concelho de Valpaços se encontrar, desde há três semanas, sem meios de comunicação com o exterior, por falta de reparação de uma avaria na linha da Portugal Telecom.
- Decisão:** Arquivamento do processo, depois de assegurada a reposição do serviço e o não pagamento pelos utentes da taxa de assinatura do telefone fixo correspondente ao período em que se manteve a avaria.

Síntese:

1. Em Janeiro de 2004, foi recebida na Provedoria de Justiça uma queixa de um cidadão residente em Santa Maria de Émeres, pelo facto de, em virtude da existência de uma avaria na linha, um elevado número de utentes se encontrar sem telefone fixo há cerca de três semanas.

2. Depois de dar conta do estabelecimento de vários contactos infrutíferos junto da Portugal Telecom (PT), o utente referia ainda que a situação em causa carecia de solução urgente, por se tratar de uma povoação isolada, sem outro meios de comunicação com o exterior, designadamente rede de telemóvel.

3. Prontamente efectuadas várias diligências telefónicas junto da empresa visada, meio instrutório considerado mais adequado a obter uma célere resolução do problema colocado, foi possível assegurar a imediata deslocação de um piquete da PT ao local, bem como a reposição do serviço dois dias após a intervenção do Provedor de Justiça.

4. Complementarmente, foi ainda obtida a garantia de que, relativamente ao período em que se mantivera a avaria, não seria cobrada aos utentes a taxa de assinatura do telefone da rede fixa.

Assunto: Fiscalidade. Receitas autárquicas. Taxa de ocupação do espaço público. Rampas de acesso a edifícios. Aumento desproporcionado da tributação.

Objecto: Revisão do tarifário em vigor.

Decisão: Procedeu-se ao arquivamento do processo após a entidade visada ter revogado o tarifário objecto de contestação (1), procedido à repriminção do anterior tarifário (2), restituído os valores pagos em excesso pelos munícipes que efectuaram o pagamento segundo a nova “Tabela” (3), e fixado aos munícipes um novo prazo para pagamento das taxas repriminadas, de valor mais reduzido (4).

Síntese:

Foram vários os administradores e condóminos de prédios constituídos em regime de propriedade horizontal, sítos no concelho de Vila Nova de Gaia, que se queixaram ao Provedor de Justiça do aumento, que consideraram desproporcionado, das tarifas constantes da “Tabela de Taxas e Outras Receitas do Município de Vila Nova de Gaia”, aprovada para o ano de 2004, referentes à ocupação do espaço público por rampas de acesso aos edifícios constituídos em regime de propriedade horizontal, maioritariamente destinados a habitação.

A mencionada tabela discriminava os edifícios consoante o seu destino: comércio ou indústria, habitação unifamiliar, habitação plurifamiliar e afectação mista a habitação e ao exercício de comércio ou indústria.

Outros critérios de tributação relacionavam-se ainda com a medida de frente das rampas, expressa em metros lineares, bem como com o número de proprietários ou utilizadores permanentes de cada uma daquelas estruturas.

Contudo, sem qualquer justificação aparente, o “Regulamento Municipal de Taxas e Outras Receitas do Município de Vila Nova de Gaia”, previa um agravamento de 50% da taxa devida pelos prédios constituídos no regime de propriedade horizontal, a cobrar ao condomínio.

Tendo em consideração que existem prédios com vários andares e utilizadores permanentes que, independentemente do seu destino ou afectação, não estão constituídos em regime de propriedade horizontal, sendo até, por vezes, propriedade exclusiva de um único município, o referido agravamento de 50% configurava, se não uma violação ao princípio da capacidade contributiva, típico dos impostos, pelo menos uma violação ao princípio da proporcionalidade que deve presidir à repartição dos encargos públicos pelos beneficiários da prestação efectiva de um serviço público ou da remoção de um obstáculo à actividade dos particulares.

Reconhecida aquela desproporcionalidade pela entidade visada, viria a mesma a decidir pela repristinação da “Tabela” em vigor para o ano de 2003, suspendendo a aplicação da norma que previa o agravamento de 50% para a ocupação do espaço público com rampas de acesso a edifícios constituídos no regime de propriedade horizontal, comprometendo-se ainda ao estudo de um novo tarifário para o ano económico de 2005.

A decisão de repristinação da anterior “Tabela” teve como consequências:

- a) a devolução das quantias pagas em excesso, no ano em curso, por referência à “Tabela” repristinada;
- b) a fixação de um novo prazo para pagamento da referida taxa e respectiva notificação do mesmo aos municípios que haviam recusado efectuar o pagamento segundo o novo tarifário agora suspenso.

Obtido o resultado descrito, que levou à justa composição do litígio entre as administrações dos prédios constituídos em regime de propriedade horizontal e a câmara municipal, procedeu-se ao arquivamento dos autos.

R-4125/04
Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. IRC, IVA, juros e coimas liquidados a empresa. Falta de pagamento. Execução fiscal. Reversão contra alegado sócio-

-gerente. Penhora do saldo de conta bancária. Depósito da pensão social. Impossibilidade de movimentação do único rendimento.

Objecto: Levantamento imediato da penhora efectuada e extinção da execução fiscal objecto de reversão, por ilegitimidade da pessoa citada.

Decisão: Procedeu-se ao arquivamento do processo por obtenção do resultado pretendido em 24 horas.

Síntese:

1. O reclamante, pensionista do Centro Nacional de Pensões, requereu a intervenção urgente do Provedor de Justiça junto do Serviço de Finanças de Loures 4, em 8 de Outubro de 2004, com o fundamento de que, no âmbito de uma execução fiscal pela qual se não considera responsável, lhe havia sido penhorado o saldo da sua única conta bancária, alimentada exclusivamente pelos depósitos provenientes de pensão de valor inferior ao salário mínimo nacional e seu único meio de subsistência.

2. Analisada a queixa e os documentos a ela juntos, foi de imediato estabelecido contacto telefónico com o Chefe do Serviço de Finanças visado, e enviados por fax os documentos justificativos do pedido de levantamento da penhora.

3. Para além da impenhorabilidade absoluta do saldo da mencionada conta, dado o seu montante e proveniência, questionou-se ainda o órgão da execução fiscal sobre a legalidade da reversão das dívidas em execução, cujo devedor originário era uma sociedade de que o reclamante negava ter sido alguma vez sócio, muito menos gerente, o que afastaria a sua responsabilidade subsidiária por tais dívidas.

4. Quanto à questão principal do levantamento da penhora efectuada, sugeriu-se ao Chefe do Serviço de Finanças que proferisse despacho de revogação e o comunicasse ao gerente da agência bancária onde a conta do reclamante se encontra domiciliada.

5. É de salientar a pronta colaboração do órgão da execução fiscal que, reconhecendo o erro dos serviços, passadas duas horas sobre a recepção do fax da Provedoria de Justiça já havia proferido o despacho de cancelamento da penhora e o tinha enviado, via fax, ao respectivo banco.

6. Quanto à questão da ilegitimidade da pessoa citada, por não ser o devedor originário nem responsável subsidiário pelas dívidas exequendas, foi



Assuntos económicos e financeiros...

obtida a informação de que, em acção de fiscalização levada a cabo pela Direcção de Finanças de Lisboa para averiguar a situação patrimonial dos grandes devedores, haviam sido reunidas provas suficientes de que o nome do reclamante figurava como sócio-gerente de várias sociedades devedoras, a coberto da utilização abusiva de uma procuração que havia passado ao verdadeiro responsável, já identificado, mas cujo paradeiro era desconhecido.

7. Com esta informação, confirmada por documentos juntos aos autos pelo reclamante, foi obtida a garantia de revogação de todas as reversões já proferidas contra o reclamante, por dívidas de outras sociedades fictícias, e de que a conta em questão nunca mais viria a ser objecto de penhora.

8. Contactado telefonicamente o gerente da agência bancária, confirmou o recebimento do despacho de cancelamento da penhora, e prontificou-se a libertar o saldo da mesma, por forma a que o reclamante o pudesse movimentar ainda naquele dia.

9. Obtida a certeza da regularização da situação tributária do reclamante, não apenas quanto aos factos presentes, mas também pela garantia da sua regularização futura, procedeu-se ao arquivamento dos autos.



2.2.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-761/02
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Director de Finanças de Setúbal (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Rendimentos do trabalho dependente. Ajudas de custo. Falta de declaração. Omissão de retenção na fonte. Liquidação adicional. Processo de execução fiscal. Despacho do Secretario de Estado dos Assuntos Fiscais. Perdão de juros compensatórios. Perdão de custas. Demora de anos na concretização da decisão.

Agradeço a V. Ex.^a os esclarecimentos prestados através da vossa comunicação e informo ter sido determinado o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça para estudo da questão em epígrafe, uma vez que a situação objecto de queixa se encontra resolvida.

Não posso, no entanto, deixar de fazer notar que uma atitude mais diligente por parte da Direcção de Finanças de Setúbal teria permitido obter igual resultado num muito menor lapso de tempo.

Era essa atitude diligente e empenhada que se aguardava quando pela primeira vez – em 07.10.2002, por ofício – a Provedoria de Justiça expôs o assunto a V. Ex.^a. Porém, a Direcção de Finanças de Setúbal, quando deu resposta àquele ofício (o que ocorreu apenas em 09.12.2002 e após uma insistência escrita e uma outra realizada telefonicamente em vez de chamar a si a regularização ou, pelo menos, o impulso para a regularização da situação, limitou-se a revelar a sua disponibilidade para acatar decisões superiores no sentido da correcção da situação tributária do reclamante, nada tendo feito no sentido de apreciar o fundo da questão, propor superiormente a sua decisão ou ordenar quaisquer diligências que permitissem conhecer o teor e âmbito de

aplicação do despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais cuja existência a Provedoria levou ao seu conhecimento.

Acabaria, portanto, por ser a Provedoria de Justiça a efectuar diligências para obter dados e elementos a que os serviços que V. Ex.^a dirige certamente teriam acesso com igual ou maior rapidez: obtiveram-se junto da Direcção de Serviços de Justiça Tributária informações sobre o contexto em que fora proferido o Despacho de 26.03.2002, do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (nomeadamente informações, pareceres e despachos que precederam aquela decisão) e obtiveram-se junto do contribuinte os documentos comprovativos dos pagamentos que havia, entretanto, efectuado.

Nem mesmo quando a Provedoria de Justiça se dirigiu à Direcção de Finanças de Setúbal numa fase mais adiantada do processo – depois de recolhidos e tratados todos os elementos obtidos e de praticamente se ter substituído aos serviços da Administração Tributária na reposição da situação tributária do reclamante após aplicação, como era devido, do Despacho de 26.03.2002, do então SEAF – se logrou obter uma colaboração célere e empenhada.

Com efeito, o ofício da Provedoria de Justiça, acompanhado de todos os documentos relevantes para a prova dos cálculos efectuados e contendo expresso pedido de prioridade e urgência para o desencadeamento das operações de restituição, ao contribuinte, dos montantes por si pagos em excesso, foi enviado a V. Ex.^a em 10.09.2003 e só após uma insistência por ofício (datado de 13.10.2003), outra por fax (em 03.11.2003) e três outras por via telefónica (em 27 e 28 de Novembro e ainda em 3 de Dezembro), viria a ser facultada resposta, através do vosso ofício de 04.12.2003.

Acresce que o referido ofício de resposta nada esclareceu (recorde-se que, através do mesmo, a Direcção de Finanças dizia enviar ao Provedor de Justiça “*para os devidos efeitos, nomeadamente restituição dos juros e custas tidos por convenientes*” fotocópia de um dos ofícios da DSJT que a própria Provedoria havia remetido à Direcção de Finanças) pelo que se revelaram necessários novos contactos telefónicos entre este órgão do Estado e os serviços que V. Ex.^a dirige para que, em 12.12.2003, nos fosse remetido, via fax, cópia do ofício que a Direcção de Finanças dirigira ao Serviço de Finanças do Seixal-1, em 04.12.2003, para efeitos de restituição de juros e custas ao contribuinte.

A boa colaboração prestada pelo Serviço de Finanças, que se prontificou a conceder – e concedeu – prioridade ao assunto, permitiu acelerar esta parte final do processo, encontrando-se já concretizada a restituição das custas e pedida a emissão do cheque de restituição dos juros.

Pelo que fica exposto, e embora não deixe de agradecer a V. Ex.^a as comunicações que foi remetendo a este órgão do Estado, não posso, por outro lado, deixar de assinalar que, com um maior grau de diligência e de empenho na colaboração com este órgão do Estado, o presente assunto poderia ter sido dado por encerrado seguramente um ano mais cedo, com uma considerável economia de tempo e de recursos humanos e materiais, para além, evidentemente, de uma mais célere – e por isso mais justa – reposição da verdadeira situação tributária do interessado.

A decisão de arquivamento do processo teve por base o disposto no artigo 31.º, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

R-1423/02
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Oeiras-2 (Paço de Arcos)
Assunto: Fiscalidade. IRS. Alteração de morada e entrega de declaração de IRS por terceiros, sem autorização ou conhecimento da interessada. Liquidações. Anulação. Deficiente atendimento no Serviço de Finanças.

Conforme é do conhecimento de V. Ex.^a, a Provedoria de Justiça tem vindo a acompanhar a situação tributária da contribuinte ..., em especial no que diz respeito às consequências da entrega por terceiros, sem a sua autorização ou conhecimento, de uma segunda declaração de IRS/97 e de uma Ficha de Actualização de Cadastro (modelo 2) alterando o domicílio fiscal.

Tem V. Ex.^a certamente presente, quer os relatos da situação feitos pela interessada junto desse Serviço de Finanças – de início verbalmente e mais tarde sob a forma de reclamação, exposição ou recurso –, quer os pedi-

dos de colaboração e de esclarecimentos formulados por este órgão do Estado no âmbito da instrução do processo supra referenciado.

Os elementos carreados para este processo ao longo da respectiva instrução revelam claramente que o Serviço de Finanças de Oeiras-2 não dispensou à situação da contribuinte a atenção de que a mesma era merecedora, não tendo tido quaisquer iniciativas que auxiliassem a interessada na reposição da sua real situação tributária, antes fazendo relevar factos e circunstâncias de natureza formal e que, por isso mesmo, nada auxiliaram na descoberta da verdade.

A título de exemplo refira-se o teor do ofício de 03.05.2002, enviado por esse Serviço de Finanças à Direção de Finanças de Lisboa: numa altura em que já havia suspeitas e factos indiciadores de que terceiros em nome da contribuinte haviam entregue uma declaração de IRS/97 e uma Ficha de Actualização de Cadastro, o Serviço de Finanças de Oeiras-2 não refere, sequer, se existe discrepância ou similitude entre as assinaturas destes documentos e a dos demais entregues pela contribuinte e não se debruça sobre o fundo de nenhuma das questões essenciais ao apuramento dos factos, limitando-se a elencar os documentos constantes do processo de reclamação, a resumir as alegações da interessada, a informar que a reclamação fora indeferida por extemporânea e a negar que tivessem sido recusados elementos à contribuinte.

Igualmente displicente é o modo como foram respondidos os pedidos de esclarecimento formulados pela Provedoria de Justiça na tentativa de aprofundamento do conhecimento da situação: às questões concretas colocadas nos nossos ofícios de 31.05.2002 e de 09.12.2002, respondeu esse Serviço de Finanças com o envio de cópia de elementos já remetidos a outras entidades, o que seria uma boa forma de responder se tais cópias contivessem resposta a todas as questões concretamente formuladas por este órgão do Estado. Não era o caso e, portanto, não posso deixar de qualificar como muito deficiente a colaboração prestada à Provedoria de Justiça ao longo da instrução do presente processo, pelo Serviço de Finanças que V. Ex.^a dirige.

Tal situação é, como compreenderá, duplamente grave: por um lado, porque o dever de colaboração com o Provedor de Justiça é imposto aos poderes públicos pelo Estatuto deste órgão do Estado (cfr. artigo 29.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), sendo a sua violação severamente sancionada já que

constitui crime de desobediência sem prejuízo de eventual procedimento disciplinar (cfr. n.º 5 do supra citado artigo 29.º).

Por outro lado, o comportamento pouco diligente do Serviço de Finanças de Oeiras-2 traduz a violação do dever de colaboração que a Administração Tributária tem para com os contribuintes e que se encontra consagrado e desenvolvido no artigo 59.º, n.º 3 da Lei Geral Tributária (LGT) e revela, ainda, desrespeito pelo princípio do inquisitório consagrado no artigo 58.º daquela mesma LGT, o qual está intimamente ligado à *satisfação do interesse público e à descoberta da verdade material* que, manifestamente, não foram assegurados por esse Serviço de Finanças no caso em apreço.

Deu-se a circunstância de, por conjugação de esforços e diligências da interessada, da Provedoria de Justiça e da Direcção de Finanças de Lisboa, ter sido alcançada a tal verdade material que durante tanto tempo se procurou. A prová-lo está a decisão de revisão oficiosa da liquidação de IRS/97 que fora efectuada com base na declaração indevidamente entregue por terceiros, sem conhecimento da contribuinte.

Caso V. Ex.^a não tenha ainda tido conhecimento dessa decisão, anexo cópia da mesma e solicito a especial atenção desses serviços para que, futuramente, tudo façam no sentido de abreviar a concretização da mesma, na parte, evidentemente, em que tal dependa de V. Ex.^a e dos funcionários que dirige. Considerando que aí se encontra pendente execução fiscal para cobrança da dívida agora anulada ocorrerá, evidentemente, a respectiva extinção e o subsequente desbloqueamento dos reembolsos de IRS suspensos e/ou aplicados no pagamento da dívida exequenda.

De lamentar, apenas, que a decisão agora tomada tenha surgido tanto tempo depois de o assunto ter sido levado pela interessada ao conhecimento da Administração Tributária, através desse serviço de Finanças. Os Serviços de Finanças são, sem dúvida, o órgão da Administração Tributária que mais perto se encontra do contribuinte e que, por isso, maiores responsabilidades tem no seu esclarecimento, encaminhamento e auxílio e só cumprindo este tipo de deveres que tem para com o contribuinte cumpridor ou inquiridor dos seus direitos e deveres, pode a Administração Tributária exercer, com plena legitimidade, os seus poderes de controlo, fiscalização e punição de contribuintes incumpridores.

Esperando que a presente chamada de atenção contribua para melhorar a actuação futura desse Serviço de Finanças e que, no caso concreto desta

contribuinte, seja agora colocado especial rigor e celeridade nas diligências que resta efectuar, informo que determinei o arquivamento do processo em referência, decisão tomada com base no disposto no artigo 31.º, alínea *c*), do Estatuto do Provedor de Justiça e que não prejudica a reabertura do mesmo processo, se justificada.

P-13/03

Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais

Assunto: Juros indemnizatórios devidos aos contribuintes. Interpretação e aplicação do artigo 43.º, n.º 3, alíneas *b*) e *c*) da Lei Geral Tributária.

O número de processos instruídos na Provedoria de Justiça relativamente ao direito dos contribuintes aos juros indemnizatórios previstos no artigo 43.º, n.º 3, alíneas *b*) e *c*), da Lei Geral Tributária (LGT) e a constatação de que, após vários anos de vigência destas normas, a respectiva interpretação e aplicação pelos Serviços da Direcção-Geral dos Impostos (DGCI) ainda não é pacífica nem uniforme, levaram-me a abrir processo destinado exclusivamente à apreciação desta questão.

No âmbito da respectiva instrução, começou este órgão do Estado por solicitar a colaboração do Director-Geral dos Impostos, nos termos constantes do ofício de 20.08.2003.

Conforme resulta do teor daquele ofício, pretendia a Provedoria de Justiça contribuir, por esta via, para abreviar a adopção de medidas, por parte da DGCI, que traduzissem a concretização do direito que assiste aos contribuintes de receber juros indemnizatórios, pagos automaticamente, isto é, sem dependência de pedido prévio, desde que (e sempre que) verificadas as condições claras e objectivas que o legislador enunciou nas alíneas *b*) e *c*) do artigo 43.º, n.º 3, da LGT, respectivamente: “*em caso de anulação do acto tributário por iniciativa da Administração Tributária, a partir do 30.º dia posterior à decisão, sem que tenha sido processada a nota de crédito*” e “*quando*

a revisão do acto tributário por iniciativa do contribuinte se efectuar mais de um ano após o pedido deste, salvo se o atraso não for imputável à Administração Tributária”.

A resposta enviada à Provedoria de Justiça consta do ofício de 15.12.2003, da Direcção de Serviços de Cobrança – Divisão de IR (doravante DSC) e documentos que o acompanharam. De tudo anexo cópia, certo de que V. Ex.^a compreenderá que repete tal resposta de insuficiente, a todos os títulos.

Um dos documentos que acompanhou a resposta da DSC é a sua informação de 30.10.2003, que se limita a apreciar as situações previstas na alínea c) do n.º 3 do artigo 43.º da LGT.

O outro documento é o ofício de 28.11.2003, da Direcção de Serviços de Justiça Tributária (doravante DSJT), sendo nítido que este ofício da DSJT não consubstancia, manifestamente, a apreciação da questão que a Provedoria submetera à consideração do Director-Geral dos Impostos. Com efeito, este ofício da DSJT não lança qualquer luz sobre o assunto em análise, nem contribui para o seu estudo, pelo que resta analisar mais detalhadamente o que se diz na já mencionada informação da DSC.

Como já referi, tal informação apenas se reporta à norma constante da alínea c) do n.º 3 do artigo 43.º da LGT. Permanece, portanto, sem qualquer resposta a questão de saber por que motivos a Administração Fiscal não procede ao pagamento automático – não dependente de pedido dos interessados – de juros indemnizatórios nos casos previstos na alínea b) do n.º 3 do artigo 43.º da LGT, isto é, sempre que, por sua iniciativa, a Administração anula o acto tributário mas não emite a nota de crédito que concretiza tal decisão dentro dos 30 dias posteriores à mesma.

E se quanto à alínea b) do dispositivo legal em apreço a informação da DSC é omissa, já quanto à análise que faz da alínea c) desse mesmo normativo, tal informação é em alguns pontos incompreensível e noutros inaceitável.

Atente-se nas conclusões da referida informação da DSC, constantes do seu ponto 8:

– *“Os erros são da responsabilidade do sujeito passivo”*

Pretenderá a Administração Fiscal sustentar, com base nesta Informação, que quando o contribuinte solicita a revisão do acto tributário de liquidação para obter a correcção de um erro por si cometido não terá direito aos

juros previstos no artigo 43.º, n.º 3, alínea c) da LGT? É o que se afirma nesta conclusão e o que parece resultar do último parágrafo do ponto 4. da informação em apreço. Mas com que fundamento se conclui neste sentido se a lei não distingue, de todo, o motivo pelo qual o contribuinte requer a revisão do acto tributário? E se o legislador não distingue, com que base pode o intérprete distinguir?

Sem querer adiantar conclusões sempre se dirá o óbvio: o intérprete não pode efectuar a distinção que a informação em apreço pretende efectuar, sob pena de incorrer numa verdadeira interpretação *contra legem*. O legislador não distinguiu precisamente porque entendeu que, independentemente do motivo pelo qual é solicitada a revisão do acto tributário, a demora superior a um ano na sua concretização gera, automaticamente, o direito a juros indemnizatórios destinados a compensar o contribuinte por tal demora da Administração. Apenas no caso de esta fazer prova de que o atraso não lhe é imputável pode legalmente eximir-se ao pagamento de tais juros (parte final da norma em apreço).

– *“Não estamos em presença de uma situação de revisão do acto tributário”*

A explicação para esta bizarra conclusão parece residir no penúltimo parágrafo do ponto 4. da informação, que me permito transcrever: *“... o conceito de revisão do acto tributário, quer por iniciativa do sujeito passivo quer por iniciativa da administração fiscal, apenas pode operar nas situações em que preexistam um acto tributário praticado pela administração fiscal; assim se entende, aliás, a necessidade de a revisão ser levada a cabo pela entidade que o praticou, só fazendo sentido o instituto da revisão se o acto a rever tiver sido da responsabilidade da autoridade tributária”*.

O artigo 43.º, n.º 3, alínea c), da LGT visa as situações em que o sujeito passivo toma a iniciativa de pedir a revisão do acto tributário. Tal acto, em praticamente todos os casos que a Provedoria de Justiça tem apreciado, é o acto de liquidação e esse é da responsabilidade da autoridade tributária que, por isso, pode revê-lo.

Tomemos o exemplo – bastante comum – do contribuinte que comete um erro de preenchimento da sua declaração anual de IRS e pede depois a revisão da liquidação efectuada com base nessa declaração. Trata-se, evidentemente, de um pedido de revisão de um acto tributário – o acto de liquidação – dirigido a quem o praticou e que pode, por isso, revê-lo: a Administração

Fiscal. Não é o facto de a declaração que esteve na base dessa liquidação ter sido preenchida pelo contribuinte – e de o mesmo ter cometido um erro nesse preenchimento – que altera tal realidade: o acto tributário a rever é o de liquidação, do qual o acto de preenchimento da declaração é um mero acto preparatório ou acessório.

Mesmo nos casos de autoliquidação, em que o acto de liquidação propriamente dito – ou seja, aquele pelo qual se efectua a *“determinação do montante da prestação a cargo do sujeito passivo, pela aplicação da taxa à matéria colectável apurada”* (In *“Conceito e Natureza do Acto Tributário”* – Alberto Pinheiro Xavier, Almedina, 1972, págs. 33) – é praticado pelo contribuinte, a Administração fiscal pode proceder à revisão do acto tributário (ou seja, da liquidação) a pedido do contribuinte, formalizado pela apresentação de reclamação graciosa – cfr. artigo 131.º, n.º 1, do CPPT.

Em suma, nem o facto de o erro que esteve na base de determinada liquidação ter sido praticado pelo contribuinte, nem o facto de os actos materiais de liquidação terem sido praticados pelo próprio contribuinte (nos casos de auto-liquidação) impedem que a Administração reveja o acto tributário de liquidação.

– *“A reclamação graciosa é a forma adequada à prossecução dos interesses dos sujeitos passivos, o que acaba por ser reconhecido pelos próprios, ao recorrerem em primeira instância, a tal meio de defesa”*

Fora do contexto em que foi alcançada, e em abstracto, concordo com esta conclusão. Mas se bem compreendo o seu significado e se bem acompanhei o raciocínio que lhe está subjacente, não posso deixar de discordar veementemente do que se pretende afirmar.

Ao que julgo ter entendido, esta conclusão surge como corolário do afirmado no último parágrafo do ponto 4. da informação e ainda no seu ponto 5. Do aí afirmado conclui-se que, para a Administração Fiscal, sempre que o erro partiu de um acto praticado pelo próprio contribuinte, a Administração não tem competência para proceder à revisão do acto tributário de liquidação e que, nesses casos, o meio adequado para que os sujeitos passivos obtenham tal desiderato é o recurso à reclamação graciosa.

Significará esta conclusão da DSC que o artigo 43.º, n.º 3, alínea c) da LGT não se aplica quando o contribuinte apresenta uma reclamação graciosa e esta demora mais de um ano a ser decidida? Estará a DSC a fazer aqui uma distinção (mais uma) entre a revisão do acto tributário por iniciativa do

contribuinte e a apresentação de reclamação graciosa tendente a obter a revisão do acto tributário de liquidação? A não ser esse o sentido da conclusão em apreço, que outro sentido poderá ter? E a ser esse o seu sentido, permita-me V. Ex.^a que, de novo, discorde.

Sem querer alongar-me demasiado, e porque a frase é de extrema clareza, permito-me citar António Lima Guerreiro, a págs. 351 da sua LGT anotada, Rei dos Livros, 2001:

«... *do acto de liquidação não cabe recurso hierárquico* constituindo o único meio de obtenção da sua revisão por via administrativa a reclamação graciosa...» (*sublinhado meu*).

Dúvidas não existem, portanto, de que a reclamação graciosa apresentada pelo sujeito passivo para obter a revisão de um acto tributário de liquidação consubstancia um pedido de “revisão do acto tributário por iniciativa do contribuinte”, logo, e por força do disposto no artigo 43.º, n.º 3, alínea c), da LGT, se a revisão da liquidação for efectuada mais de um ano após a apresentação desta reclamação, são devidos juros indemnizatórios ao sujeito passivo, independentemente do motivo pelo qual foi pedida a revisão (a revisão por iniciativa do sujeito passivo pode ter por base “qualquer ilegalidade” – cfr. artigo 78.º, n.º 1, da LGT) e independentemente de pedido do interessado, já que nenhum destes requisitos consta do texto legal.

O motivo pelo qual solicito a intervenção de V. Ex.a neste caso não decorre da especial complexidade do assunto mas antes da circunstância de a interpretação que alguns serviços da DGCI vêm fazendo da norma constante do artigo 43.º, n.º 3, alínea c), ter complicado desnecessariamente tal assunto.

A situação é tanto mais grave quanto é certo que a tese constante da informação da DSC a que venho fazendo referência prejudicou já milhares de contribuintes, que assim viram a Administração Fiscal fazer letra morta de um direito que a lei lhes conferiu, de forma clara e inquestionável: o direito a serem compensados sempre que a Administração Fiscal demore mais de um ano a atender um pedido de revisão de um acto tributário.

Aceita-se que a Administração queira evitar o pagamento deste tipo de juros: o gasto de verbas públicas para compensar cidadãos pelo lento funcionamento da Administração é, para além de uma despesa sem retorno, um mau indicador do funcionamento e da eficiência dessa mesma Administração. Mas creio que V. Ex.^a não deixará de acompanhar-me na conclusão de que a solu-

ção passa por tornar a Administração mais célere, expedita e eficiente e não por penalizar duplamente os contribuintes: por um lado, não lhes disponibilizando um serviço eficiente e, por outro, privando-os ilegalmente da compensação a que têm direito por força de tal ineficiência.

Espero de V. Ex.^a uma resposta pronta e reveladora de que este assunto está em vias de uma breve clarificação, sem perda de direitos para os contribuintes e, de preferência, com melhorias ao nível da eficácia e do rigor na actuação da Administração Tributária.

Permito-me relembrar o que disse no início desta já longa exposição: embora o assunto aqui debatido tenha sido quase exclusivamente o da interpretação e aplicação da norma constante do artigo 43.º, n.º 3, alínea c), da LGT, o processo em referência visa também sensibilizar os serviços da DGCI para o carácter automático do pagamento de juros indemnizatórios nos casos previstos na alínea b) da mesma disposição legal.

É sobre ambos os assuntos que solicito a intervenção de V. Ex.^a, a qual me permito ainda solicitar seja encetada com a maior brevidade possível.

R-20/03

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Directora Adjunta do Departamento da Qualidade de Serviço do Banco Espírito Santo, SA.

Assunto: Assuntos bancários. Crédito à habitação. Falta de discriminação e de justificação dos valores das prestações vencidas. Direito à informação.

Venho por este acusar a recepção das comunicações de V. Ex.^a, cujo envio agradeço.

Não posso, contudo, deixar de assinalar dois aspectos relativamente à apreciação do presente assunto.

Por um lado, sendo o Provedor de Justiça a solicitar informações sobre a execução de um contrato de mútuo, a pedido do interessado, a prestação de

●
●
●
Assuntos económicos e financeiros...

informações não parece ser violadora do sigilo bancário, mas antes consentânea com o dever de colaboração para com um órgão do Estado constitucional e legalmente consagrado à defesa dos legítimos direitos e interesses dos cidadãos.

A comunicação das sucessivas informações prestadas directamente ao cliente, e não à Provedoria de Justiça, viria a retardar a instrução do processo, pese embora toda a disponibilidade declarada pelo BES para o esclarecimento da queixa apresentada.

Por outro lado, apesar da publicidade dada às taxas de juro a praticar nas operações activas, nomeadamente nas operações de crédito à habitação no âmbito de contas poupança emigrante e das respectivas taxas de referência para cálculo das bonificações, nem sempre essa informação chegará de forma perceptível a um destinatário médio, carecendo de ser complementada pela contraparte no contrato em execução, melhor posicionada para aceder e explicar a informação pretendida.

Para que o interessado ficasse mais bem esclarecido e pudesse reconstituir a determinação do valor de cada uma das prestações que pagou entre Julho de 1993 e Dezembro de 2000, bastaria que tivesse obtido junto do banco informação sobre a taxa de juro praticada à data do vencimento de cada uma daquelas prestações, assim como da tabela dos encargos administrativos em vigor.

Apesar de não conhecer os restantes elementos, viria a Provedoria de Justiça a elucidar o reclamante sobre as portarias do Ministério das Finanças que fixaram a TRCB em vigor no período considerado, em substituição de uma informação mais completa para que o banco se mostra indisponível.

Agradecendo, a informação prestada ao interessado sobre as prestações vencidas a partir de Janeiro de 2001, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

R-376/03

Assessor: André Barata

Entidade visada: Director de Serviços de Cobrança do IR (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Reembolso. Demora excessiva no processamento.
Juros indemnizatórios.

Com referência à matéria em assunto, cumpre-me comunicar a V. Ex.^a que, atento o teor da documentação que acompanhou o vosso ofício que, por contacto telefónico entretanto estabelecido entre a Provedoria de Justiça e essa Direcção de Serviços, se verificou constituir também uma resposta ao solicitado nos nossos ofícios de 21 de Agosto e 24 de Setembro p.p., foi determinado o arquivamento dos autos supra identificados.

Lamentando que a argumentação expendida pela Provedoria de Justiça não tenha conduzido ao reconhecimento do direito a juros indemnizatórios no caso concreto, não posso, porém, deixar de exprimir uma censura quanto ao procedimento da Administração Fiscal na situação em apreço.

Com efeito, não é admissível que, independentemente dos motivos que o possam justificar, os reembolsos emitidos à luz do despacho que decidiu a reclamação graciosa de 3 de Novembro de 1999, só tenham sido pagos à contribuinte em 16 de Setembro de 2002.

R-396/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Director-Geral dos Impostos

Assunto: Fiscalidade. IRS. Reclamação da liquidação. Demora na decisão. Direito a juros indemnizatórios. Demora no reconhecimento. Erro na interpretação e aplicação da lei. Inexistência de instruções aos serviços para uniformização de procedimentos.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço, bem como dos documentos a ele anexos.

Mais informo V. Ex.^a de que, face ao teor do Despacho de 27 de Julho de 2004, foi determinado o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado, sem prejuízo da sua reabertura se a mesma se vier a justificar.

Não posso deixar de aproveitar a oportunidade para lamentar que uma questão tão simples como a que estava em análise, aliás objecto de um outro processo da iniciativa do Provedor – o pagamento de juros indemniza-

tórios por atrasos em reembolsos imputáveis à Administração Tributária, e relativamente à qual a DGCI deveria ter há muito (desde a entrada em vigor da LGT, em 1999) procedimentos instituídos e difundidos por todos os seus serviços –, tenha exigido à Provedoria de Justiça 1,5 anos de trabalho, e a expedição de 6 ofícios para a Direcção de Finanças de Lisboa, e de outros 4 para a Direcção de Serviços de Justiça Tributária, para que por fim, com o despacho agora proferido por V. Ex.^a, fosse correctamente aplicada a lei.

R-411/03

Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Director de Finanças de Santarém (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Retenção na fonte. Entrega nos cofres do Estado. Erro dos Serviços. Liquidação de juros compensatórios. Pagamento. Reclamação graciosa. Deferimento. Demora na decisão. Demora no reembolso. Juros indemnizatórios. Recusa de pagamento.

Acuso a recepção do ofício dessa Direcção de Finanças, bem como do fax de 10.08.04, que apenas remete o ofício que, já em 15.05.04, fora enviado a este órgão do Estado. Limita-se este, assim, a repetir exactamente o mesmo entendimento, sem levar em linha de conta a argumentação expendida pela Provedoria de Justiça, designadamente através do ofício de 09.06.04, segundo a qual o art. 43.º, n.º 3, alínea c), da LGT é, inequivocamente, aplicável ao caso em presença.

Na verdade, a situação em análise, bem como a totalidade dos argumentos aduzidos por este órgão do Estado ao longo da instrução deste processo, contrariam o invocado no ofício dessa Direcção de Finanças, cuja interpretação restringe sobremaneira direitos da contribuinte.

Lamento, assim, a decisão da Direcção de Finanças Santarém, de não reconhecer ao contribuinte o direito ao recebimento de juros indemnizatórios.

Por outro lado, deixo aqui expressa uma séria censura quanto ao facto de uma reclamação, tão simples como era a que estava em causa, ter demorado tanto tempo a ser decidida e executada. Foi apresentada em 09.02.01, deferida em 03.05.02, e os reembolsos processados em 17.10.03 e 03.11.03.

Por último, devo sublinhar (ofício de 15.05.04) que não compete à Direcção de Finanças de Santarém, em caso algum, tecer considerações acerca da relevância económica de um reembolso para um qualquer contribuinte, muito menos para no montante em causa fundar, também, a sua decisão de indeferimento de uma pretensão.

Apesar da certeza da correcção do entendimento assumido pela Provedoria de Justiça, foi determinado o arquivamento do processo, em face da posição mantida por essa Direcção de Finanças.

R-466/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Director de Finanças de Lisboa (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Ditação da declaração. Erro dos Serviços. Reclamação. Deferimento. Reembolso. Demora. Juros indemnizatórios. Recusa de pagamento. Competências do Provedor de Justiça. Direitos dos cidadãos.

Acuso a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, bem como dos documentos a ele anexos, cujo envio agradeço.

Não posso, contudo, deixar de lamentar a interpretação restritiva da lei fiscal a que se procedeu no caso em apreço, bem como o que parece ser um conhecimento incompleto e quiçá erróneo das relações entre o Provedor de Justiça e as entidades públicas visadas nas queixas, e entre o Provedor de Justiça e os cidadãos que a ele se dirigem.

Em primeiro lugar, a DGCI deveria desde logo ter reconhecido o direito ao pagamento de juros pelo atraso no processamento do IRS (desde a data limite para o seu pagamento – 30.09.1998 –, e a data em que foi efectivamente processado – 18.12.1998).

Tal direito apenas viria a ser reconhecido em sede de apreciação da reclamação graciosa instaurada com base no requerimento do reclamante de 22 de Janeiro de 1999, ao que é legítimo supor-se, com efeitos retroactivos a Dezembro de 1998, prazo final da contagem dos referidos juros indemnizatórios.

No entanto, apesar do deferimento do pedido, a aplicação de uma taxa incorrecta, determinaria o pagamento de juros num quantitativo inferior ao devido, em Março de 2001.

A parte restante dos juros indemnizatórios apenas viria a ser objecto de pagamento após intervenção do Provedor de Justiça, em Novembro de 2003.

Ou seja, o contribuinte voltou a constituir-se credor da Administração Fiscal desde 18 de Dezembro de 1998, pois esta, mais uma vez, não cumpriu atempada e devidamente o seu dever de restituir dentro do prazo legal.

Porém, o direito a nova indemnização pelo atraso na satisfação do seu crédito, viria a ser-lhe recusado, com o fundamento de que a reclamação graciosa não tem em vista a revisão do acto tributário da liquidação do imposto, por não comportar a sua revogação.

Quanto à segunda questão, bastará proceder a uma leitura das informações de 29.09.2004 e do parecer de 01.10.2004, para nos apercebermos da enorme confusão estabelecida entre os direitos dos contribuintes e a intervenção do Provedor de Justiça na defesa dos mesmos.

Por fim, informo ter sido determinado o arquivamento do processo pendente neste órgão do Estado.

R-513/03
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Director de Finanças Adjunto de Lisboa (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS de 2000. Retenção na fonte. Entrega do imposto dentro do prazo legalmente fixado. Erro dos serviços. Liquidação de juros compensatórios. Demora de 2,5 anos no processamento do reembolso.

Agradeço a V. Ex.^a o envio de ofício, bem como a colaboração prestada e que agora possibilitou o arquivamento do processo, com a integral satisfação da pretensão da reclamante, conforme era seu direito e vinha sendo solicitado por este órgão do Estado.

Não posso contudo deixar de exprimir uma censura, inteiramente justificada, pelo facto de continuar a constatar – e este processo é disso um para-

digma –, o período de tempo manifestamente excessivo – no caso, mas de 2,5 anos –, para resolver uma questão tão elementar como concluir que um imposto tinha sido pago dentro do prazo legalmente fixado e que, por esse motivo, deviam ser anulados os juros compensatórios indevidamente liquidados.

Cumpre-me ainda informar V. Ex.^a de que o presente reparo será incluído no Relatório de 2004 do Provedor de Justiça à Assembleia da República.

Espero que a Direcção de Finanças de Lisboa não deixe de fazer um esforço sério no sentido de evitar a repetição de factos como os que foram objecto deste processo.

R-543/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Director de Serviços de Cobrança do IR (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Juros compensatórios. Pagamento indevido. Reclamação. Deferimento. Reembolso. Demora. Juros indemnizatórios. Recusa de reconhecimento do direito.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio agradeço.

Não posso, porém, deixar de exprimir discordância no que parece ser um retrocesso na assunção do dever de indemnizar que impende sobre a Administração Fiscal, nos termos da Lei Geral Tributária.

Apesar do erro declarativo do sujeito passivo no preenchimento das guias modelo 41, através das quais fez entrega das retenções na fonte de IRS, ser da sua responsabilidade, tal erro configura uma ilegalidade. Por isso a lei fiscal permite que o sujeito passivo possa reclamar de um erro próprio.

Já não é da sua responsabilidade o atraso – indesculpável –, no processamento da nota de crédito decorrente da restituição decidida na reclamação graciosa deduzida para o efeito.

Assim, não obstante o erro inicial do sujeito passivo, este teria direito a ser indemnizado pela inércia e pela ineficiência da Administração Fiscal na regularização da sua situação tributária, como a própria reconheceu, aliás, ao deferir a reclamação graciosa.

●
●
●
Assuntos económicos e financeiros...

Lamentavelmente, a Administração Fiscal parece querer imputar ao sujeito passivo os custos da sua própria ineficiência, afastando-se do cumprimento das normas legais a que está vinculada.

Mais informo ter determinado o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

R-2050/03

Coordenador: João Gonçalves

Entidade visada: Directora-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC)

Assunto: Fiscalidade. Imposto automóvel. Importação de “chassis” de veículo usado. Incidência do imposto. Injustiça. Estudo de alteração legislativa.

Com referência ao assunto em epígrafe, venho agradecer a V. Ex.^a a colaboração prestada na instrução do processo, designadamente o envio de ofícios, bem como documentação, e informar ter sido determinado o respectivo arquivamento, face aos esclarecimentos prestados.

Aproveito a oportunidade para colocar à consideração de V. Ex.^a a possibilidade de ser estudada a alteração legislativa da alínea *b*), do n.º 3, do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 40/93, de 18 de Fevereiro, não só para acabar com eventuais dúvidas de interpretação que possam existir como, sobretudo, para pôr fim à injustiça de situações como a verificada no presente processo – reconhecida aliás pela própria DGAIEC –, no sentido de a incidência do imposto sobre a importação de “chassis” usados se aproximar, em termos de filosofia do imposto, da aplicável à importação de veículos usados.

R-2654/03

Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Director de Serviços do IRC (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRC. Juros de mora. Liquidação. Dever de fundamentação. Colaboração com os cidadãos e com o Provedor de Justiça.

Agradeço a V. Ex.^a os esclarecimentos prestados através da comunicação em referência e informo que o processo no âmbito do qual foi solicitada a colaboração da DSIRC foi nesta data arquivado por se ter concluído que, no essencial, inexistem motivos para uma intervenção do Provedor de Justiça.

Não posso, no entanto, deixar de chamar a especial atenção de V. Ex.^a para a importância de, futuramente, a DSIRC fazer um esforço adicional no sentido de fundamentar com maior precisão as respostas que faculta, quer à Provedoria, no âmbito do dever de colaboração com o Provedor de Justiça, quer aos contribuintes que se lhe dirigem solicitando informações, o que certamente ocorre com frequência.

Permito-me recordar que a questão sobre a qual se questionara a DSIRC no processo ora arquivado era a do fundamento legal e a forma de cálculo dos juros de mora exigidos ao sujeito passivo, no valor de € 109,94, tendo sido expressamente solicitada, entre outras informações, a indicação da *quantia sobre a qual foram pagos juros* (cfr. nosso ofício de 20.08.2003).

A resposta dada não contém tal informação, sendo que a mesma era de fácil acesso e estaria, muito provavelmente, na posse do funcionário que redigiu o vosso ofício. Terá sido, pois, mais por falta de rigor na resposta do que por falta de conhecimento ou de vontade de informar que tal esclarecimento não foi prestado. Não obstante, estes lapsos dificultam a comunicação, atrasam o esclarecimento das dúvidas e fazem arrastar questões que seriam ultrapassáveis com facilidade, tão só a resposta fosse precedida de uma leitura atenta da questão colocada.

Diga-se, aliás, que o motivo pelo qual se revelou necessário solicitar esclarecimentos quanto à fundamentação legal e modo de cálculo dos juros de mora tem na sua base uma situação que se deseja ver alterada a curto prazo, qual seja a das notórias deficiências das notificações feitas aos sujeitos passivos nesta matéria. Neste caso concreto, a nota demonstrativa da liquidação – que a Provedoria de Justiça entretanto obteve junto do interessado – é totalmente omissa quanto ao fundamento legal e modo de cálculo dos juros de mora, o que pode mesmo colocar em causa a validade do acto de liquidação e cobrança dos juros que, como qualquer outro, carece de ser fundamentado, de facto e de direito.

Ora, se quanto aos juros compensatórios ainda consta, habitualmente, das notas demonstrativas da liquidação do IRC uma breve fundamentação

(insuficiente, porém, já que refere apenas a disposição do CIRC que legitima a sua cobrança), quanto aos juros de mora a omissão de fundamentação é total.

Esta questão foi, aliás, já abordada pela Provedoria de Justiça junto do Director-Geral dos Impostos, no âmbito de um outro processo, aguardando-se actualmente que as medidas preconizadas para regularizar esta situação se concretizem. Entendeu-se por isso que, no caso em apreço, nenhuma diligência adicional se justifica, mas quis, ainda assim, chamar a atenção de V. Ex.^a para a importância de a DSIRC fundamentar, de facto e de direito, os actos que pratica e elucidar com clareza os cidadãos ou instituições que a questionam sobre matérias da sua competência.

O rigor e a clareza das informações a prestar pela DSIRC assumem ainda maior importância quando estiverem em causa respostas a pedidos de informação, requerimentos, reclamações, recursos e outras petições dos próprios intervenientes na relação jurídica de imposto, dada a complexidade do nosso sistema fiscal e a importante tarefa que cabe à DSIRC desempenhar na formação e informação dos cidadãos e das pessoas colectivas, desde logo dos próprios sujeitos passivos de imposto.

Certo de que V. Ex.^a não deixará de encetar esforços no sentido de uma gradual melhoria desta situação, apresento-lhe os meus melhores cumprimentos.

R-2769/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Setúbal 2 (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. Processo tributário. Processo de execução fiscal. Garantia da dívida. Penhora e alienação de imóvel. Hipoteca a instituição bancária. Insuficiência da receita. Penhora do vencimento. Gestão da execução.

Acuso a recepção da comunicação de V. Ex.^a.

A Provedoria de Justiça pretendia evitar, precisamente, o resultado agora transmitido por V. Ex.^a, ou seja, que praticamente todo o trabalho

havido com a execução fiscal nesse Serviço de Finanças viesse a reverter a favor do credor hipotecário – uma instituição bancária –, ficando uma parte significativa da dívida fiscal por cobrar.

Afigura-se que a gestão da execução fiscal poderia ter sido mais correcta: em primeiro lugar, por não se ter promovido oportunamente a excussão do património do devedor originário e, posteriormente, por após a constatação da inexistência de tal património, a reversão ter sido feita apenas contra um dos responsáveis subsidiários quando, apesar da solidariedade entre estes, o montante da dívida exequenda e acrescido pareceria justificar a sua reversão contra todos eles.

Por outro lado, a penhora do vencimento do revertido e, eventualmente, das rendas do imóvel penhorado, caso tivesse sido promovido o seu arrendamento no âmbito da execução, que, em determinada altura, apontámos como via de actuação possível, teriam previsivelmente evitado a delapidação do seu património e a prescrição do remanescente de parte da dívida exequenda que se poderá verificar terminada a fase da graduação de créditos.

Permito-me, pois, alertar V. Ex.^a, na qualidade de órgão da execução fiscal, para os efeitos da tramitação de outros processos executivos de idêntica natureza, que poderão existir nesse Serviço de Finanças.

Mais informo que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

R-3013/03

Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Director de Serviços de Cobrança (DCCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Reembolso. Demora no processamento. Falta de resposta. Encaminhamento do assunto. Cumprimento do dever de colaboração para com o Provedor de Justiça.

Acuso a recepção do ofício, cujo envio agradeço.

Não posso, contudo, deixar de exprimir um sério reparo – uma vez mais –, quanto ao procedimento dessa Direcção de Serviços, traduzido na

demora de 4 meses para informar a Provedoria de Justiça de que, afinal, o assunto objecto de queixa era da competência da Direcção de Serviços de IRS.

Por outro lado, para obter a resposta em causa, foram necessários 4 ofícios da Provedoria de Justiça – de 28.05.04, de 30.06.04, faxes de 26.07.04 e 16.08.04.

À Direcção de Serviços de Cobrança do IR deve exigir-se uma maior diligência quer nas resposta à Provedoria de Justiça – e, por sua via, aos cidadãos –, quer no encaminhamento dos assuntos para outros Serviços da DGCI.

A repetição de factos como o referido – que não é a primeira vez que se verificam –, justificará, seja pelo prejuízo causado aos cidadãos, seja pela negligência evidenciada no Serviço –, uma exposição dos factos ao Director-Geral dos Impostos.

R-3721/03

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Subdirector-Geral da Cobrança (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Ilegalidade. Anulação judicial da liquidação. Condenação do Estado no pagamento de juros indemnizatórios. Demora na execução da sentença.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço.

Aproveito para informar que o cálculo dos juros indemnizatórios a que a Provedoria de Justiça procedeu no âmbito do estudo do processo, diverge do efectuado pelos serviços da DGCI, explicitado na nota anexa ao ofício acima referido.

Efectivamente, tivemos em consideração que a taxa dos juros indemnizatórios com termo inicial em 18/03/1998 foi de 10% até ao termo da vigência do Código de Processo Tributário e, já no âmbito da Lei Geral Tributária, até à data da entrada em vigor da Portaria n.º 263/99, de 12 de Abril, que a reduziu para 7%, taxa esta novamente reduzida para 4% a partir da data da entrada em vigor da Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril.

Por outro lado, não posso deixar de exprimir uma censura à morosidade do procedimento do pagamento dos juros indemnizatórios fixados em sentença de 21.02.2003, uma vez que o respectivo cheque, emitido já com atraso em 15.07.2003, apenas veio a ser expedido em 22.12.2003 e na sequência da intervenção deste órgão do Estado. Mais de 5 meses para expedir um cheque de reembolso depois da data da sua emissão é, V. Ex.^a reconhecê-lo-á, um facto anómalo cuja repetição se deverá procurar evitar.

Prestados o agradecimento, a informação, e o reparo, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

R-3744/03

Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Subdirector-Geral dos Impostos (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Tributação do património. Imposto Municipal de Sisa. Pagamento indevido. Reembolso do imposto. Demora de 4 anos. Pagamento de juros indemnizatórios. Recusa de reconhecimento do direito.

Através de ofício de 23.11.2004, da Direcção de Serviços dos Impostos do Selo e das Transmissões do Património, foi comunicado a este órgão do Estado o teor do despacho de V. Ex.^a, de 11.11.2004, exarado sobre parecer que nega o direito dos contribuintes ao recebimento de juros indemnizatórios.

Ainda que se pudesse aceitar a posição da DSJT, veiculada no parecer quanto à inaplicabilidade da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 43.º da LGT, afigura-se-nos totalmente incompreensível a negação do direito a juros indemnizatórios ao abrigo da alínea *b*) do n.º 3 daquela disposição.

Considerando que, no caso em apreço, o pedido de restituição do imposto de sisa data de 28.12.1999; que só em 08.07.2003 foi proferido despacho favorável e que os títulos de reembolso só vieram a ser emitidos em 11.11.2003, era entendimento da Provedoria de Justiça, aliás partilhado pela Directora da DSISTP, que seriam devidos juros indemnizatórios, pelo menos, desde 08.08.2003 até 11.11.2003.

Pelo despacho de 11.11.2004, parece sancionado o comportamento negligente e incompetente dos serviços fiscais, traduzido muitas vezes, como neste caso, na demora excessiva na apreciação e decisão das pretensões dos sujeitos passivos, que o instituto dos juros indemnizatórios pretende combater.

Efectivamente, o legislador de 1998, para além de consagrar o direito dos contribuintes ao recebimento de juros indemnizatórios sempre que se demonstre que por erro dos serviços foi paga dívida em montante superior ao devido (n.º 1 do artigo 43.º da LGT), veio ainda equacionar diversas situações (n.º 3 da norma citada) em que a causa do pagamento dos juros é a mora dos serviços no reembolso daquilo que indevidamente arrecadou, nascendo o direito dos contribuintes no termo dos prazos fixados, independentemente de qualquer iniciativa daqueles.

Pese embora o reparo que a decisão de V. Ex.^a me merece e que não podia deixar de expressar, mais informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo pendente neste órgão do Estado.

R-3831/03

Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da “Euroscut Norte – Sociedade Concessionária da Scut do Norte Litoral, S.A.”.

Assunto: Responsabilidade civil. Via pública danificada. Falta de sinalização. Acidente automóvel. Danos no veículo. Dever de indemnização. Recusa. Deficiente instrução do processo.

Concluídas as diligências instrutórias no âmbito da análise do processo a que deu origem a queixa da reclamante supra referenciada, concluiu a Provedoria de Justiça que, lamentavelmente, encontram-se esgotadas as hipóteses de resolução extra-judicial do assunto exposto, dada a posição reiteradamente expressa por V. Ex.^a no sentido de que a “Euroscut Norte desconhece o lugar e as circunstâncias em que ocorreu o acidente”, pelo que entende não dever assumir os prejuízos do mesmo decorrentes.

Considerando a Provedoria de Justiça que a sede própria para analisar a prova dos pressupostos da responsabilidade civil necessários ao nasci-

mento do dever de indemnizar é a instância judicial, procedeu-se ao arquivamento do processo aberto com base nesta queixa, ao abrigo do art. 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

No entanto, essa decisão, adoptada na sequência das posições colhidas junto de V. Ex.^a, da Câmara Municipal de Matosinhos e do Instituto das Estradas de Portugal, não significa que considere este órgão do Estado inteiramente correcta a argumentação utilizada pela “Euroscut Norte” ao longo da instrução do processo para justificar a sua exoneração de responsabilidades pela produção deste acidente.

A este respeito, permito-me relembrar que, segundo informação prestada à Provedoria de Justiça pelo Instituto das Estradas de Portugal, terá sido utilizado como argumento para justificar a recusa de responsabilidades da parte da “Euroscut Norte” a ausência de jurisdição sobre o troço da auto-estrada correspondente ao local do acidente, argumento esse que, após consultada a Câmara Municipal de Matosinhos, veio a revelar-se incorrecto.

Admitindo-se, assim, que, afinal, o acesso ao IC1 integra a área de jurisdição da vossa empresa e, considerando, por outro lado, o entendimento que tem vindo a ser acolhido pela jurisprudência no sentido de que a existência de um buraco não sinalizado na via pública faz incorrer sobre a entidade responsável pela respectiva conservação uma presunção de culpa (art. 493.º, n.º 1 do Código Civil), justificar-se-ia um maior empenho da parte da “Euroscut Norte” na apreciação dos elementos disponibilizados pela reclamante para corroborar a sua versão do acidente, para além da mera consulta aos registos de ocorrência.

De todo o modo, como atrás se referiu, competirá aos órgãos jurisdicionais – se aos mesmos entender a reclamante dever recorrer para fazer valer a sua pretensão –, apreciar os elementos de prova existentes e, porventura, determinar a produção de outra prova que possa, de forma definitiva, ultrapassar este diferendo.

Não quis, contudo, deixar de sugerir a V. Ex.^a que, perante a eventual repetição de casos desta natureza, procure a “Euroscut Norte” usar da máxima diligência enquanto entidade concessionária, no sentido de apreciar de forma concreta a sua responsabilidade pela produção de sinistros nos lanços de auto-estrada que lhe foram concessionados e, se for caso disso, fundamentar de forma correcta e devidamente sustentada o indeferimento das pretensões dos particulares.

Entidade visada: Director de Finanças Adjunto de Lisboa (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. Inspeção tributária. IRC. Dívida. Processo de execução fiscal. Reversão. Bens afectos ao exercício da actividade sindical. Impenhorabilidade. Demora no reconhecimento.

Acuso a recepção das comunicações de V. Ex.^a sobre o assunto em epígrafe, cujo envio muito agradeço.

A correcção das conclusões indicadas no parecer sobre que recaiu o despacho de V. Ex.^a, datado de 23 de Novembro de 2004, cuja execução se espera para breve, não merecem qualquer juízo de censura; apenas se lamenta que tenham sido extraídas tardiamente, face à natureza da entidade devedora e à absoluta impenhorabilidade do património afecto à prossecução da actividade sindical, nos termos da lei.

Contudo, indicando-se naquele despacho a adopção de procedimentos tendentes a acautelar quer os interesses do Estado, quer os do sindicato reclamante, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Abrantes 2
Assunto: Fiscalidade. Contribuições para a segurança social. Cobrança em processo de execução fiscal. Reversão contra sócio. Prescrição da dívida.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio agradeço, bem como da informação complementar, enviada por fax.

O prazo de prescrição das contribuições para a segurança social era, nos termos do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 103/80, de 9 de Maio, de 10 anos, situação que apenas viria a ser alterada pela Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto, cujo artigo 63.º veio fixar o prazo de prescrição em 5 anos.

À data da instauração do processo de execução fiscal n.º ..., contra a empresa ..., por dívidas daquela proveniência, isto é, em 25 de Janeiro de 1989, interrompeu-se a prescrição, nos termos do § primeiro do artigo 27.º do Código de Processo das Contribuições e Impostos, então em vigor, determinando a contagem de novo prazo, se o processo não viesse a estar parado por mais de um ano por facto não imputável ao executado.

Desta forma, as dívidas em execução deveriam ter sido oficiosamente reconhecidas como prescritas, pelo menos, em Janeiro de 1999.

Motivo por que julgo justificar-se um reparo à actuação desse Serviço de Finanças ao ter procedido à cobrança das verbas em 2002, alertando V. Ex.^a para a diligência que deve ter, na qualidade de dirigente da Administração Fiscal, a fim de evitar futuras situações da mesma natureza, o que passará pela exigibilidade tão só das dívidas exigíveis e não de dívidas prescritas que, por falta de informação dos seus titulares, acabam por vir a ser indevidamente pagas.

Contudo, como o Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a reconhecer, depois da extinção da execução, por pagamento, já não se pode falar de prescrição, não relevando a mesma como fundamento para a oposição à execução, como actualmente o é, por força do disposto no artigo 204.º, n.º 1, alínea *d*), do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

Se não é possível a restituição do indevidamente pago, pela via judicial, nomeadamente através da oposição à execução, também a mesma não poderá vir a ser satisfeita pela via administrativa, motivo por que informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo pendente neste órgão do Estado.

R-278/04

Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Director de Finanças de Braga (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Imposto Municipal de Sisa. Pedido de avaliação de imóvel. Demora de 4 anos na sua realização.

Acuso a recepção do ofício de V. Ex.^a cujo envio, desde já, agradeço. Embora com base nos esclarecimentos prestados tenha determinado o arquivamento do processo supra referenciado, não posso, por um lado, deixar de manifestar a V. Ex.^a a minha censura pela demora de 4 anos na avaliação do imóvel ao abrigo do artigo 57.º do CIMSISD e, por outro, solicitar o maior empenho de V. Ex.^a para que a segunda avaliação, requerida pelo contribuinte em 03.03.2004, seja efectuada sem mais demoras.

R-483/04
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Director de Serviços de Justiça Tributária (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. Processo de execução fiscal. Dívidas à segurança social. Prescrição. Conhecimento oficioso. Recusa de apreciação. Erro na interpretação e aplicação da lei. Falta de emissão de orientações uniformes pelos Serviços Centrais.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, que agradeço, bem como toda a colaboração prestada no âmbito da instrução dos presentes autos.

Não posso, contudo, deixar de lamentar a interpretação defeituosa que alguns serviços da Administração Fiscal vêm a fazer das normas e princípios atinentes ao procedimento e ao processo tributário, muito em especial quanto às normas de aplicação subsidiária contidas no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Tal interpretação, no entender da entidade visada na presente queixa, terá por escopo a protecção dos interesses da Fazenda Nacional que, como aconteceu no caso em apreço em nada saíram garantidos ou reforçados, com os inerentes prejuízos não só para os legítimos direitos e interesses da executada, como ainda para a imagem da própria Administração Fiscal.

Permito-me, por isso, solicitar a V. Ex.^a, na qualidade de responsável pela área da Justiça Tributária, que diligencie no sentido de evitar a repetição de casos semelhantes ao que foi objecto dos autos em epígrafe.

Porém, dada a celeridade de resposta do Tribunal Tributário de 1.^a Instância de Beja, que conheceu oficiosamente da prescrição que os serviços se recusaram a conhecer, repondo a legalidade do procedimento, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

R-598/04

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Directora do Departamento das Execuções Fiscais (Câmara Municipal de Lisboa)

Assunto: Fiscalidade. Processo tributário. Processo de execução fiscal. Taxa de conservação de esgotos. Notificação da liquidação. Citação do executado. Demoras.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço.

A completa e esclarecedora informação prestada por V. Ex.^a permite concluir pela correcção dos procedimentos adoptados pela Câmara Municipal de Lisboa, com vista à arrecadação dos tributos municipais, e pela sua conformidade com as normas legais sobre notificações para o seu pagamento voluntário.

Também as informações sobre o prazo inicial para a contagem de juros de mora, nos termos do Código de Procedimento e de Processo Tributário e do Decreto-Lei n.º 73/99, de 16 de Março, bem como sobre a aplicação do Regulamento das Custas dos Processos Tributários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29/98, de 11 de Fevereiro, não merecem qualquer reparo.

Existe porém um aspecto que me parece justificar algumas considerações.

Decorrido o prazo de pagamento voluntário sem que este se mostre efectuado, começarão a vencer-se juros de mora, nos termos do artigo 86.º, n.º 1, do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

E, findo esse mesmo prazo, determina o artigo 88.º, n.º 1, do mencionado Código, que se proceda à extracção das certidões de dívida, para instauração das execuções fiscais a que servem de título executivo.

Determina ainda o artigo 188.º, n.º 1, do mesmo Código citado que, instaurada e registada a execução, no prazo de 24 horas a contar da recepção das certidões de dívida, o órgão da execução fiscal ordenará a citação do executado.

É certo que a lei fiscal não estabelece prazos para a extracção e entrega das certidões de dívida pela entidade competente, nem o prazo em que a citação deva ser emitida, pressupondo-se, no entanto, que tais actos deverão ocorrer com a celeridade possível.

Efectivamente, quanto maior for a dilação temporal entre o termo do prazo para pagamento voluntário e a citação do executado que, por qualquer motivo, não tenha tido oportunidade de tomar conhecimento do prazo em que deveria ter cumprido o dever de pagar, maior será o seu prejuízo, em termos de contagem de juros de mora. Estou certo de que, pesem embora os constrangimentos existentes, têm esses serviços diligenciado no sentido de procurar diminuir este hiato temporal.

Quanto à queixa concretamente apresentada ao Provedor de Justiça, informo V. Ex.^a de que já foi comunicado ao reclamante a obrigatoriedade do pagamento do acrescido da execução fiscal, com juros de mora contados até à data do pagamento da quantia exequenda, sem o que aquela não se poderá considerar extinta.

R-748/04

Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Director de Serviços de Benefícios Fiscais da DGCI (DSBF)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Dupla tributação internacional. Direito à informação e à fundamentação. Formação profissional. Uniformidade de orientações e de procedimentos por parte dos Serviços Centrais.

Para conhecimento de V. Ex.^a, junto remeto cópia de uma chamada de atenção nesta data dirigida ao Director de Finanças de Viana do Castelo acerca

da falta de fundamentação de decisão de fixação de rendimentos sujeitos a tributação em IRS por terem sido auferidos – e não declarados – por emigrante português na Alemanha, cujo cônjuge reside em Portugal.

Embora, no essencial, a posição da Provedoria de Justiça seja coincidente com a tese defendida pela DGCJ em matéria de interpretação e aplicação das normas que regem esta matéria (nomeadamente os artigos 4.º e 15.º da Convenção para Evitar a Dupla Tributação Internacional celebrada entre os dois países), no caso vertente não pôde deixar de se salientar, pela negativa, a falta de fundamentação da decisão tomada pela Administração Tributária, desde logo a total ausência de explicação dos motivos de facto e de direito que levaram à conclusão de que os rendimentos auferidos pelo sujeito passivo em causa, na Alemanha, podiam ser tributados em Portugal, em sede de IRS.

O motivo pelo qual quis remeter a V. Ex.^a cópia da chamada de atenção anexa prende-se mais com a convicção que venho formando, de que os próprios serviços locais e regionais da DGCJ não dominam esta matéria, do que com qualquer especificidade deste caso concreto.

Outros processos têm sido instruídos na Provedoria de Justiça em que a conclusão não difere muito da alcançada neste caso concreto, isto é: a tributação pode até ser devida mas o processo que levou à fixação dos rendimentos ou à alteração dos elementos declarados revela, não raro, que os sujeitos passivos não são devidamente elucidados quanto aos motivos pelos quais o imposto é devido, sendo que muitas vezes isso parece dever-se à circunstância de os próprios serviços locais e regionais da DGCJ não dominarem suficientemente o assunto e não lograrem, por isso, elucidar os contribuintes ou fundamentar devidamente as decisões que tomam.

Daí que me pareça oportuno solicitar a reflexão de V. Ex.^a para este assunto e para a possibilidade de a formação e informação dos funcionários da DGCJ nesta matéria vir a ser melhorada, para o que a Direcção de Serviço dos Benefícios Fiscais não poderá deixar de dar contributo relevante.

Estas as preocupações que, por ora, gostaria de partilhar com V. Ex.^a. O processo em referência foi nesta data arquivado mas como comecei por dizer o que me trouxe junto de V. Ex.^a foi a questão genérica que ele revela e não a decisão tomada neste caso concreto. Tomarei a liberdade de retomar este assunto junto de V. Ex.^a se outros casos que forem chegando à Provedoria de Justiça revelarem tal necessidade.

Entidade visada: Director de Finanças de Viana do Castelo

Assunto: Fiscalidade. IRS. Rendimentos auferidos em Portugal e na Alemanha. Dupla tributação internacional. Convenção internacional. Cumprimento do dever de informação aos contribuintes. Uniformização dos procedimentos dos serviços. Deficiente instrução do processo de liquidação.

Agradeço, antes de mais, o envio dos elementos que acompanharam o vosso ofício. Analisados os mesmos, e considerando a posição que a Provedoria de Justiça já assumira em casos análogos, foi determinado o arquivamento do processo aqui aberto para análise do assunto em epígrafe.

Não posso, porém, deixar de chamar a especial atenção de V. Ex.^a para alguns pormenores cuja alteração se impõe, sob pena de, futuramente, alguns dos actos praticados em processos de fixação dos rendimentos ou de alteração dos elementos declarados pelos sujeitos passivos de IRS poderem vir a ser anulados com as inerentes e indesejadas consequências, quer para os contribuintes, quer para os serviços.

No processo cuja cópia foi remetida à Provedoria de Justiça a coberto do vosso ofício supra referenciado, estava em causa – recorde-se – a decisão de fixar os rendimentos do agregado familiar do contribuinte supra identificado para efeitos de IRS dos anos de 1997 e 1998.

A posição há muito assumida pela Provedoria de Justiça nesta matéria não se afasta, no essencial, da defendida pela DGCI: em casos de tributação de agregados familiares em que um dos cônjuges é emigrante e o outro reside em Portugal é bastante sustentável a ideia de que o “centro de interesses vitais” do emigrante continua sendo em Portugal, o que legitima a conclusão de que ele aqui deve ser considerado residente (cfr. artigo 4.º, n.º 2, da Convenção com a Alemanha, que é o país em causa neste caso concreto e na maior parte dos casos que aqui têm sido analisados), legitimando assim a tributação, em IRS, dos rendimentos que auferir na Alemanha, embora com subsequente aplicação das normas tendentes a evitar ou atenuar a dupla tributação internacional.

Não raro, registam-se algumas dificuldades na comunicação entre os serviços de finanças e os sujeitos passivos que se encontram nesta situação, já que aqueles não logram explicar – e/ou estes não logram perceber – os motivos desta legitimidade para tributar como residente em Portugal quem é, de facto, residente no estrangeiro.

E se em parte se compreende a dificuldade dos serviços em explicar uma matéria tão complexa a quem tem poucos ou nenhuns conhecimentos fiscais – e, para mais, verbalmente e ao balcão de atendimento – já se compreende menos bem que os processos no âmbito dos quais cada caso é analisado revelem falhas que ainda mais dificultam a compreensão dos motivos pelos quais o Estado português pode tributar os rendimentos auferidos no estrangeiro pelos emigrantes cujo cônjuge reside em Portugal.

Com efeito, o processo cuja cópia foi remetida a este órgão do Estado contém um conjunto de notificações-tipo e algumas informações desgarradas das quais não resulta que tenham sido efectuadas diligências para aferir onde, de facto, residia o cônjuge do sujeito passivo que é emigrante na Alemanha, sendo que esse era, não o único, mas talvez o mais importante dos factos a apurar para concluir se haveria, ou não, lugar à tributação em IRS dos rendimentos auferidos naquele país.

Ironicamente, a única informação clara, concisa e precisa que foi prestada sobre esta questão veio da Alemanha, tendo sido prestada pela repartição de Munster – Aussenstadt, no âmbito de um processo de troca de informações iniciado pela Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais: é essa repartição que refere que a mulher e o filho do sujeito passivo vivem em Portugal, indicando-se mesmo a data em que aquela terá regressado ao nosso país: Janeiro de 1995.

Lamenta-se, pois, que a Direcção de Finanças de Viana do Castelo não tenha desenvolvido quaisquer diligências no sentido de confirmar que pelo menos um dos elementos deste agregado familiar residia em Portugal, limitando-se a recolher e dar como boa informação prestada pelos serviços fiscais alemães.

Mas ainda que tal pudesse ser considerado suficiente para avançar para a fixação do rendimento colectável dos anos de 1997 e 1998 do agregado familiar em questão, não pode ficar isento de reparo o facto de o contribuinte não ter sido minimamente informado dos fundamentos de tal decisão, violando frontalmente o disposto no artigo 66.º do Código do IRS.

Com efeito, dos elementos constantes do processo enviado à Provedoria de Justiça não consta qualquer informação, parecer ou despacho que con-

tenha as razões de facto e de direito que motivaram a decisão de fixar o rendimento colectável dos anos de 1997 e 1998 nos termos em que o foi.

Entre as razões de direito a indicar, impunha-se necessariamente a invocação e explicação do teor dos artigos relevantes do Código do IRS e da Convenção celebrada entre Portugal e a Alemanha para Evitar a Dupla Tributação Internacional, dos quais resulta a legitimidade do Estado português para tributar rendimentos do trabalho dependente auferidos na Alemanha por cidadãos cujo cônjuge reside em Portugal.

Entre as razões de facto impunha-se também dar conta da prova efectuada relativamente aos pressupostos da tributação em causa, nomeadamente da circunstância de o cônjuge-mulher residir em Portugal nos anos em que os rendimentos foram auferidos.

Nada disso foi dito aos sujeitos passivos que, por isso, à data em que se dirigiram à Provedoria de Justiça nada sabiam quanto aos motivos pelos quais os rendimentos auferidos na Alemanha acabaram por ser tributados em Portugal.

Só a tardia reacção dos interessados terá levado à convalidação dos actos assim praticados pela Administração Fiscal, indiscutivelmente eivados do vício de falta de fundamentação. E se é certo que a realização de acções de fiscalização para cobrança de impostos efectivamente devidos traduz o exercício dos poderes que a lei confere à Administração Tributária, também é certo que a cobrança dos tributos devidos não pode fazer-se a todo o custo e sem respeito pelos mais elementares direitos dos contribuintes, desde logo o direito à informação e à fundamentação dos actos tributários que os afectam.

No caso em apreço, a injustiça resultante desta deficiente forma de actuação da Administração Tributária resultou minorada pela circunstância de os rendimentos em causa serem, efectivamente, tributáveis. É essa a convicção deste órgão do Estado e só por ser assim se determinou o arquivamento do processo em referência.

Esperando que os considerandos aqui expendidos contribuam para uma melhor actuação futura dos serviços que V. Ex.^a dirige, quer no tocante ao suporte técnico-jurídico das decisões aí tomadas, quer no respeito pelas garantias dos contribuintes, agradeço a colaboração prestada à Provedoria de Justiça na instrução do processo ora arquivado e apresento a V. Ex.^a os meus melhores cumprimentos.

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Poiares
Assunto: Responsabilidade civil. Acidente na via pública. Falta de sinalização. Recusa do pagamento de indemnização. Cumprimento do dever de colaboração com o Provedor de Justiça.

Acuso a recepção do vosso ofício, remetido na sequência dos pedidos de esclarecimentos que lhe foram dirigidos pela Provedoria de Justiça ao longo da instrução do processo.

Ponderada a posição transmitida por V. Ex.^a, concluiu a Provedoria de Justiça ser de encerrar as diligências instrutórias, uma vez frustradas as tentativas de resolver pela via extra-judicial o conflito que vem opondo a reclamante à autarquia de Vila Nova de Poiares.

Nestes termos, foi nesta data determinado o arquivamento do processo a que deu origem a queixa apresentada (art. 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) decisão que, naturalmente, não impedirá que a reclamante venha a expor a sua pretensão de indemnização junto dos órgãos jurisdicionais, caso continue a rejeitar a aceitação da proposta por V. Ex.^a manifestada no sentido do ressarcimento de metade do montante dos prejuízos registados no seu veículo automóvel em consequência deste sinistro.

Não obstante, a instrução do processo relevou determinadas incorreções de comportamento quer para com a reclamante, no que toca à forma como foi analisada a sua pretensão de indemnização, quer para com a Provedoria de Justiça, no que respeita à prestação dos esclarecimentos reiteradamente solicitados.

Relembro, a respeito, o que já tive oportunidade de referir no ofício anteriormente dirigido a V. Ex.^a no sentido de, independentemente do carácter controvertido de um determinado assunto ou da possibilidade de o mesmo vir a ser judicialmente discutido, estar a Câmara Municipal de Vila Nova de Poiares obrigada, à semelhança de qualquer outra entidade administrativa, nos termos do disposto no art. 29.º do Estatuto do Provedor de Justiça, supra mencionado, a prestar a devida colaboração a este órgão do Estado, bem como

a observar o dever de fundamentação da posição assumida que, como se sabe, deve ser entendida não só como *motivação*, ou seja, indicando as razões em que se baseou a escolha da Administração, mas também como *justificação*, traduzida na exposição dos pressupostos de facto e de direito que conduziram à decisão tomada.

É assim francamente lamentável que tenha sido necessário o envio de vários e insistentes pedidos de colaboração para obter, afinal, a resposta a questões que vinham sendo colocadas desde o início da instrução do processo, questões essas – tais como a existência ou não de sinalização no local do acidente e a apreciação do grau de desnível que apresentava a tampa de saneamento que o motivou –, cuja resposta não se afigurava sequer especialmente onerosa para essa autarquia.

Por outro lado, permita-me ainda V. Ex.^a que saliente que, muito embora se tenha considerado que só pela via judicial poderá a reclamante vir a obter o ressarcimento da totalidade dos prejuízos sofridos, não pode concordar-se com a argumentação expendida por V. Ex.^a quando referiu que a reclamante “(...) *pretende alcançar os seus objectivos por vias que não são as normais* (...)”.

Efectivamente, como V. Ex.^a seguramente terá presente, a apresentação de queixa ao Provedor de Justiça apresenta-se como uma garantia graciosa de fonte constitucional (art. 23.º da Constituição da República Portuguesa) cuja mediação em casos semelhantes em que se afigura controvertida a matéria factual, permite – naturalmente suportada por uma vontade de ambas as partes em resolver o litígio pela via mais célere e equitativa possível –, evitar o recurso desnecessário, moroso e dispendioso aos órgãos jurisdicionais.

Ainda relativamente ao teor do último ofício por V. Ex.^a enviado, devo salientar, tal como já referido em ocasiões anteriores, que o dever de sinalização de qualquer obstáculo existe sempre que o mesmo se situe num espaço de circulação automóvel ou de passagem de peões, como forma de prevenção do perigo que essa situação anormal possa causar, independentemente da sua configuração, dimensão ou por menor que seja o grau de risco que possa representar.

Face ao exposto, e como se começou por referir, concluiu a Provedoria de Justiça que, mantendo-se as posições até agora manifestadas, quer por V. Ex.^a, quer pela reclamante, só em sede judicial será possível apurar a medida das responsabilidades da autarquia de Vila Nova de Poiares na produção dos danos registados no veículo, fixando, proporcionalmente, o valor adequado a prover à respectiva indemnização.

Entidade visada: Director de Finanças de Santarém

Assunto: Fiscalidade. Imposto Municipal de Sisa. Pagamento indevido. Reclamação. Deferimento. Reembolso. Demora de 3 anos. Juros indemnizatórios. Recusa de pagamento.

Acuso a recepção do ofício desses Serviços, cujo envio, desde já, agradeço.

Apreciada a argumentação aduzida por V. Ex.^a para fundamentar a recusa do pagamento de juros indemnizatórios a favor do contribuinte, não posso deixar de lamentar a posição desses serviços, pelo facto de a mesma limitar a interpretação e aplicação do direito consagrado na alínea c) do n.º 3 do artigo 43.º da LGT, na medida em que deixa o contribuinte sem qualquer protecção contra a passividade, a inércia, a ineficiência ou mesmo a negligência dos serviços na apreciação de um pedido de revisão de um acto tributário que não se fundamenta no erro dos serviços.

No caso em apreço, a posição transmitida pelo ofício supra identificado afigura-se-nos ainda mais censurável se considerarmos que o processo esteve parado durante 2 anos nos serviços locais e 1 ano nessa Direcção de Finanças, sem qualquer justificação, dada, desde logo, a simplicidade da questão a decidir.

Finalmente, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo pendente neste órgão do Estado.

Entidade visada: Director de Finanças de Lisboa (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Erro na declaração de rendimentos. Sua correcção. Apresentação de declaração de substituição. Consequências fiscais. Dever de informação aos contribuintes.

Agradeço as informações prestadas através do vosso escritório, da Divisão de Liquidação dos Impostos sobre o Rendimento e sobre a Despesa que me mereceu a melhor atenção.

O principal assunto objecto da queixa que deu origem à abertura do nosso processo supra identificado foi entretanto ultrapassado com a emissão do reembolso de IRS/2002 do interessado.

Não posso, no entanto, deixar de chamar a especial atenção de V. Ex.^a para alguns aspectos pontuais da actuação dessa Direcção de Finanças revelados neste caso concreto e que julgo carecerem de aperfeiçoamento para futuro.

I – A menção à possibilidade de apresentação de declaração de substituição pelos sujeitos passivos

Através de ofício de 18.05.2004, deste órgão do Estado, dirigido à Divisão de Liquidação dos Impostos sobre o Rendimento e sobre a Despesa, inquiriu-se sobre os motivos pelos quais não havia sido dado conhecimento ao contribuinte acima identificado da possibilidade e das consequências da apresentação de declaração de substituição destinada a corrigir os elementos por si declarados em sede de IRS/2002 (cfr. ofício-circulado n.º 20089/2003, de 10 de Dezembro, da DSIRS), antes se tendo essa Direcção de Finanças limitado a notificá-lo para o exercício do direito de audição prévia no âmbito de processo de alteração de elementos declarados.

Na resposta prestada através do vosso escritório é afirmado que “*será o Serviço de Finanças, aquando da inspecção aos documentos e à declaração de rendimentos, que deverá convidar o contribuinte a apresentar a declaração de substituição*”.

Permito-me discordar do carácter absoluto de tal afirmação. É certo que o contribuinte pode ser convidado a apresentar declaração de substituição pelo próprio Serviço de Finanças, mas nada obsta a que outros órgãos ou serviços da DGCI o façam. Com efeito, não existindo disposição legal que atribua tal competência a determinado órgão ou serviço, tudo dependerá da organização interna da própria DGCI e da indispensável aplicação das regras de bom senso que podem contribuir sobremaneira para uma Administração mais ágil e eficiente.

Ora, no caso em apreço, a própria Direcção de Finanças de Lisboa emitiu as instruções constantes do ofício de 10.07.2003, oportunamente divulgado por todos os Serviços de Finanças do distrito de Lisboa, acerca dos procedimentos a adoptar na análise de listagens de IRS/2002.

Lidas tais instruções constata-se que as mesmas nada dizem, expressamente, quanto ao momento considerado mais adequado para elucidar os sujeitos passivos acerca da possibilidade e das consequências da apresentação de declarações de substituição. Certo é, porém, que em mais do que um ponto tais instruções associam o momento da apresentação da declaração de substituição ao momento do exercício do direito de audição prévia relativamente às correcções a efectuar – cfr. ponto 1.4.1.2.1., ponto 2.2.2. e ponto 2.3.3. do referido ofício.

Aliás, o ponto 2.3.2. diz respeito, precisamente, a casos como o que aqui estava em apreço: reembolsos iguais ou superiores a € 3.500 em que se verifica a existência de correcções. Nesses casos, entendeu-se que o direito de audição prévia deveria ser exercido na Direcção de Finanças, pelo que faz todo o sentido que, em simultâneo com o ofício que convida o contribuinte a exercer tal direito, lhe sejam também prestadas as informações necessárias a que pondere devidamente outras alternativas de resolução da questão, nomeadamente a apresentação de declaração de substituição.

Permito-me também realçar que, muito embora as instruções emitidas pela DSIRS acerca da questão dos convites ou esclarecimentos aos contribuintes sobre a entrega de declarações de substituição (o já mencionado ofício-circulado n.º 20089/2003, de 10 de Dezembro) refiram que tais funções devem ser exercidas pelos “*serviços a que se encontram atribuídas as funções de análise das declarações*”, tal não impede que, em casos como o aqui em apreço, seja a Direcção de Finanças a proceder desse modo pois o que interessa acima de tudo é alcançar os objectivos que levaram à emissão e divulgação destas instruções da DSIRS, nomeadamente prevenir queixas de contribuintes que são convidados a apresentar declarações de substituição sem serem devidamente elucidados sobre as consequências de tal actuação e dar cumprimento ao dever de colaboração da Administração Tributária para com os contribuintes.

Julgo portanto conveniente que os serviços da Direcção de Finanças de Lisboa que têm participação directa nos processos de alteração de elementos declarados pelos sujeitos passivos, nomeadamente a Divisão de Liquidação dos

Impostos sobre o Rendimento e sobre a Despesa, sejam devidamente sensibilizados para a importância de esclarecer os interessados quanto à possibilidade, vantagens e desvantagens da entrega de declarações de substituição e que o façam preferencialmente por ocasião da audição prévia referente às correcções propostas e sempre que os Serviços de Finanças não o tenham feito.

II – Lapso na identificação do documento enviado ao contribuinte supra identificado para efeitos de exercício do direito de audição prévia

Através do já mencionado ofício de 18.05.2004, deste órgão do Estado, foi também abordado um segundo lapso no processo de alteração dos elementos declarados em IRS/2002 pelo sujeito passivo supra identificado: o documento que foi enviado ao interessado precisamente para efeitos de exercício do seu direito de audição prévia continha a identificação de um agregado familiar (nomes e NIFs) que não correspondia ao do contribuinte notificado.

A resposta prestada refere que o lapso não teve qualquer consequência (ponto 4.3. do vosso ofício), tendo o interessado corrigido o erro e exercido em tempo o seu direito. Não se duvida que o lapso tenha sido pontual e haverá necessariamente que relevar esse tipo de lapsos. Conviria, porém, diminuir a todo o custo as possibilidades de tais erros ocorrerem, já que produzem inevitavelmente uma diminuição dos níveis de confiança dos contribuintes nos serviços, para além de poderem traduzir verdadeiras situações de violação dos seus direitos e garantias. No caso, felizmente, apenas a primeira dessas consequências se terá verificado. Ainda assim, não quero deixar de solicitar a V. Ex.^a um esforço redobrado no sentido de evitar a repetição de lapsos desta natureza.

Esperando que a presente chamada de atenção possa contribuir para melhorar a qualidade dos serviços prestados pela Direcção de Finanças de Lisboa, informo ter na presente data determinado o arquivamento do processo em referência já que a principal questão objecto de queixa foi ultrapassada com a recente emissão do cheque de reembolso em falta.

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Alenquer (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Fiscalização tributária. Alteração dos elementos declarados. Audiência prévia do contribuinte. Momento de realização. Eficiência do procedimento tributário.

No âmbito de processo aberto na Provedoria de Justiça para análise da situação tributária do contribuinte acima identificado, nomeadamente quanto aos motivos da morosidade registada no seu reembolso de IRS/2002, foram apurados os seguintes factos, ocorridos por ocasião da acção de fiscalização levada a efeito para aferir da correcção dos elementos declarados pelo sujeito passivo no ano em causa:

1. Na sequência de notificações nesse sentido, o contribuinte dirigiu-se ao Serviço de Finanças de Alenquer para exibir a declaração de IRS/2002 e os elementos comprovativos do seu preenchimento, tendo sido detectado um lapso no preenchimento do Anexo A.

2. Ao balcão desse Serviço de Finanças foi desde logo concretizado o direito de audição prévia, tendo sido dada ao reclamante a possibilidade de manifestar a sua posição relativamente às alterações propostas pelos serviços, com as quais este concordou.

3. O processo foi de seguida remetido à Direcção de Finanças de Lisboa, em 17.02.2004, para concretização das alterações e procedimentos subsequentes.

4. Uma vez que o interessado voltou então a ser notificado, pela Direcção de Finanças, para exercício do direito de audição prévia relativamente às mesmas alterações, procurou este órgão do Estado apurar os motivos de tal duplicação de diligências.

5. Os esclarecimentos obtidos revelaram que na origem deste lapso esteve uma deficiente aplicação, por esse Serviço de Finanças, das instruções constantes do ofício de 10.07.2003, da Direcção de Finanças de Lisboa, sobre a metodologia a seguir na análise de listagens de IRS/2002. De acordo com os procedimentos constantes de tal ofício, quando haja lugar a correcções no âmbito do processos em que esteja em causa reembolso de valor superior a € 3.500, como era o caso, tem aplicação o disposto no ponto 1.4.2.2. do refe-

rido ofício, isto é, o processo deve ser remetido à Área de Liquidação e Cobrança da Direcção de Finanças de Lisboa e é esta que deve diligenciar no sentido de assegurar a audição prévia dos contribuintes, nos termos do ponto 2.3.2. do mesmo ofício.

O lapso do Serviço de Finanças de ALENQUER consistiu, pois, em ter feito mais do que era necessário: em vez de ter apenas remetido o processo para a Direcção de Finanças, chamou a si e antecipou o momento da audição prévia, o que teve como efeito alguma morosidade adicional na marcha do processo.

Não pode deixar de se reconhecer que tal lapso fica em parte justificado pela circunstância de os novos procedimentos consagrados no citado ofício serem relativamente recentes à data em que os factos ocorreram. Certo é, também, que a audição prévia foi concretizada no próprio dia em que o contribuinte se deslocou aos vossos serviços para ser fiscalizado, pelo que o atraso na marcha do processo não terá sido relevante.

Ainda assim, é dever deste órgão do Estado chamar a atenção de V. Ex.^a para a importância de assegurar que, futuramente, as instruções que prevejam este tipo de procedimentos sejam ampla e convenientemente divulgadas pelos funcionários desse Serviço de Finanças, a fim de evitar a repetição de casos com o presente, que embora sem consequências graves, teve repercussões nefastas ao nível da eficiência da Administração Fiscal e da imagem que transmite aos cidadãos nomeadamente quanto à organização interna dos seus serviços.

Esperando que a presente chamada de atenção possa contribuir para melhorar a qualidade dos serviços prestados e a formação dos funcionários que V. Ex.^a dirige, informo ter na presente data determinado o arquivamento do processo em referência já que a principal questão objecto de queixa foi ultrapassada com a recente emissão do cheque de reembolso em falta.

R-1242/04

Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Director-Geral do SEF (Serviço de Estrangeiros e Fronteiras)

Assunto: Assuntos bancários. Regime de tesouraria. Emissão de visto. Pagamento da taxa respectiva. Exigência de utilização de cheque visado. Simplificação e desburocratização.

Tendo por base a posição transmitida por V. Ex.^a através do ofício cujo envio desde já agradeço, procedeu a Provedoria de Justiça ao arquivamento do processo, nos termos do disposto no art. 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

Essa decisão resultou do entendimento de que a legislação vigente no âmbito do regime da tesouraria do Estado, embora preveja apenas algumas situações particulares em que devem os organismos públicos exigir que o pagamento de dívidas ou a remuneração de serviços se deva processar através de cheque visado, não impede que seja também formulada idêntica exigência noutro tipo de casos em que haja que assegurar a boa cobrança dos créditos.

De todo o modo, não pode também deixar de se reconhecer que nos diplomas que se referem à obrigatoriedade de se formular essa exigência, designadamente o Decreto-Lei n.º 191/99, de 5 de Junho (art. 16.º, n.º 5), a Portaria n.º 796/99, de 15 de Setembro e a Portaria n.º 891/2001, de 30 de Julho, consta como objectivo claro a desburocratização do relacionamento com os administrados e a necessidade de se simplificar e uniformizar os procedimentos de cobrança.

A própria evolução legislativa que representou a publicação daquela última Portaria (n.º 891/2001) expressa bem essa intenção mesmo nos casos em que se prevejam especiais dificuldades na recuperação do crédito (conforme definidos na Portaria n.º 796/99, de 15 de Setembro), prescindindo-se da aposição do “visto” no cheque, desde que, naturalmente, em função do seu valor, esteja garantido o pagamento nos termos do art. 8.º do regime jurídico do cheque sem provisão, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 316/97, de 19 de Novembro.

Contrapôs V. Ex.^a a este princípio da desburocratização (art. 10.º do Código do Procedimento Administrativo) a necessidade de assegurar a boa cobrança dos cheques dados em pagamento, já que as instituições bancárias podem recusar-se a pagar um cheque independentemente do seu valor invocando motivos distintos da insuficiência ou falta de provisão da conta sobre a qual deveria ser lançado o cheque, de acordo com o disposto no art. 8.º, n.ºs 2 e 3 do respectivo regime jurídico.

Naturalmente que não discute a Provedoria de Justiça que assim é, mas também haverá que admitir que, mesmo um cheque visado não oferece garantias absolutas da sua boa cobrança.

Como tem vindo a reconhecer a nossa jurisprudência, muito embora o “visto” sirva o intuito de certificar que a conta de depósitos tem fundos bastantes para honrar o pagamento do saque, ficando a quantia “visada” bloqueada tendo em vista esse pagamento, nada garante que, posteriormente, esse mesmo cheque não possa vir a ser falsificado ou objecto de outro tipo de adulteração (cfr., a título de exemplo, o Acórdão da Relação do Porto de 21.11.2000).

Ou seja, muito embora seja evidente que um cheque visado representa uma garantia acrescida relativamente a um “cheque simples”, não existem, em qualquer um destes casos, garantias absolutas da sua boa cobrança.

Julga-se, assim, no que toca à fixação dos meios de pagamento de dívidas ou serviços, que seria preferível – nomeadamente quanto se esteja perante dívidas de valor inferior a € 62,35, em que não há o risco de má cobrança de cheques por falta de provisão –, privilegiar a desburocratização de procedimentos – prescindindo-se da aposição de visto nos cheques cujo valor não ultrapasse aquele limite –, em detrimento da exigência dessa certificação acrescida que, como se viu, não fornece nunca garantias absolutas quanto ao pagamento dos fundos nos mesmos constantes.

É que desburocratizar significa exactamente essa simplificação na forma de agir, acompanhando não só a evolução legislativa e da própria sociedade, como também contribuir para uma menor complexidade no relacionamento com os particulares, dando cumprimento, de forma equilibrada, aos diversos princípios pelos quais se deve reger a Administração.

R-1562/04

Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: CP, Caminhos de Ferro Portugueses

Assunto: Consumo. Transportes. Comboios da CP. Livre trânsito da DGV. Actualização das regras de utilização.

Recebida a Informação de V. Ex.^a, prosseguiu a Provedoria de Justiça com a instrução do processo, solicitando à Direcção-Geral de Viação que se

pronunciasse, também, sobre o assunto objecto de queixa, ou seja, a questão de saber se um titular de um cartão de livre trânsito emitido por essa Direcção-Geral pode ser validamente utilizado nos transportes colectivos ferroviários.

A resposta, constante do ofício, é categórica no sentido de que a actual Lei Orgânica da Direcção-Geral de Viação exclui a possibilidade de utilização dos seus cartões de livre trânsito nos transportes da CP, embora frisando que, à luz do Decreto n.º 25297, de 2 de Maio de 1935, era apenas uma das duas direcções-gerais (a outra seria a Direcção-Geral de Transportes Terrestres) com poderes de fiscalização sob tutela do Ministério dos Transportes, sem que nunca tenha exercido, porém, qualquer poder directo de fiscalização sobre essa empresa.

Demonstrada a falta de fundamento da queixa, procedeu a Provedoria de Justiça ao arquivamento do processo, ao abrigo do art. 31.º, alínea b), do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

Contudo, como se deduz da própria informação por V. Ex.^a prestada à Provedoria de Justiça, a redacção da Instrução Técnica n.º 2 da CP encontrar-se-á desactualizada, porquanto refere ainda, na epígrafe do ponto 2.2, a Direcção-Geral de Viação, quando, na realidade, essa Direcção-Geral não pode ser considerada como entidade fiscalizadora em relação à CP ou aos meios de transporte colectivo ferroviário.

Como V. Ex.^a bem reconhece, também, tratando-se de uma norma interna, o seu âmbito de aplicação terá que conformar-se com o que dispõe a legislação vigente, designadamente, as Leis Orgânicas da Direcção-Geral de Viação e da Direcção-Geral dos Transportes Terrestres, assim como dos Ministérios que tutelam cada uma destas entidades, adaptando o seu conteúdo às alterações legislativas que se possam entretanto verificar, tal como foi o caso, com a integração da Direcção-Geral de Viação no Ministério da Administração Interna e com a clara circunscrição das suas competências de fiscalização aos meios de transporte rodoviários.

Pelo exposto, e embora confiando que ao nível da formação dos vossos colaboradores esta questão possa estar devidamente esclarecida, julgo que seria conveniente que se promovesse a revisão dessa norma da Instrução Técnica n.º 2 da CP, para que não subsistam quaisquer dúvidas acerca do tipo de cartões de livre trânsito admitidos no vosso serviço de transportes, evitando assim situações como a que originou a presente queixa, motivadas, pelo menos

em parte, pelo desajustamento da redacção dessa norma com a actual delimitação de competências de fiscalização no âmbito do sector dos transportes.

De resto, devo ainda referir, prosseguindo esse objectivo de esclarecer as dúvidas geradas em torno dos poderes conferidos aos titulares dos cartões de livre trânsito da Direcção-Geral da Viação, solicitou já a Provedoria de Justiça a esta entidade que procurasse – se necessário for, usando o seu poder normativo –, divulgar junto dos seus funcionários os limites das prerrogativas que tais cartões conferem aos respectivos titulares.

Conto, assim, também, com a colaboração de V. Ex.^a para que promova uma alteração da redacção da norma da IT 2 da CP ora em discussão, identificando de forma clara a entidade que, à luz da legislação vigente, deve hoje ser considerada responsável pela fiscalização no âmbito do transporte ferroviário, permitindo reconhecer aos seus funcionários portadores de cartão de livre trânsito o direito à utilização gratuita desse transporte.

R-1562/04

Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Director-Geral de Viação

Assunto: Consumo. Transportes. Comboios da CP. Livre trânsito da DGV. Regras de utilização. Publicitação.

Concluída a instrução do processo – depois de analisada a informação que V. Ex.^a dirigiu à Provedoria de Justiça a coberto de ofício e que desde já agradeço –, considerou-se ser de determinar o respectivo arquivamento, ao abrigo do art. 31.º, alínea *b*), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

De facto, como se teve oportunidade de referir no ofício de 16 de Junho de 2004, independentemente da menor clareza que pudesse revestir a redacção da Instrução Técnica II da “CP-Caminhos de Ferro Portugueses, EP”, outra não pode ser a interpretação do art. 41.º, n.º 2, da Lei Orgânica da Direcção-Geral de Viação senão a de que os portadores dos cartões de livre

trânsito apenas os podem utilizar nos meios de transportes em relação aos quais essa Direcção-Geral disponha de competências de fiscalização, ou seja, os transportes colectivos rodoviários.

Não obstante, a instrução do processo denunciou a existência de alguma confusão em torno das exactas prerrogativas que esses cartões de livre trânsito emitidos pela Direcção-Geral de Viação, ao abrigo do modelo aprovado pela Portaria n.º 1423/2001, de 13 de Dezembro, outorgariam aos respectivos titulares, exigindo assim a necessária clarificação destinada a evitar a repetição de casos como o presente – em que foi aplicada uma multa por não se ter considerado como título de transporte válido, como na realidade não o é, o cartão de livre trânsito dessa Direcção-Geral quando utilizado nos transportes ferroviários – capazes de comprometer, também, o bom relacionamento entre os vossos funcionários utentes da CP e esta empresa.

Assim sendo, julgo ser de aproveitar a oportunidade para reiterar a sugestão já constante no ofício que lhe foi anteriormente enviado pela Provedoria de Justiça no sentido de, pelas vias que V. Ex.^a considerar mais convenientes e recorrendo aos expedientes que reputar mais adequados, promover a divulgação junto dos funcionários da Direcção-Geral de Viação do entendimento que expressou no vosso ofício de 3 de Setembro de 2004, para que não restem quaisquer dúvidas quanto ao alcance dos direitos conferidos aos portadores dos cartões de livre trânsito emitidos por essa Direcção-Geral.

É que, mesmo tendo presente a obrigação legal de conhecimento da Lei Orgânica dessa Direcção-Geral, assim como de qualquer normativo legal (art. 6.º do Código Civil), admite-se que a desactualização da Instrução Técnica II da CP possa ter fomentado interpretações menos correctas dos direitos concedidos aos titulares dos cartões de livre trânsito.

No mesmo sentido, aliás, solicitou já a Provedoria de Justiça à CP que procedesse, oportunamente, à revisão da referida norma interna, para dissipar quaisquer dúvidas na identificação, face ao actual contexto institucional, da entidade que exerce a fiscalização em matéria de transporte colectivo ferroviário.

Reiterando os meus agradecimentos pela atenção dispensada por V. Ex.^a em relação a este assunto e certo do bom acolhimento da sugestão atrás referida.

R-1582/04

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Oeiras 3 – Algés (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IVA. Processo de execução fiscal. Embargos de terceiro. Envio do processo a tribunal. Demora superior a um ano.

Venho por este meio acusar a recepção dos ofícios de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio agradeço.

Apesar da informação neles contida sobre a remessa do processo de embargos de terceiro ao tribunal administrativo e fiscal competente para a decisão, não posso deixar de censurar o atraso registado, apesar da justificação apresentada, e alertar V. Ex.^a para a necessidade de uma mais célere actuação dos serviços em situações como a dos autos, em que poderão estar em causa graves prejuízos para os contribuintes.

No entanto, encontrando-se o processo judicial em causa, incidente do processo executivo em que foi efectuada a penhora a que a reclamante reage, submetido à apreciação do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

R-1764/04

Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Presidente da Direcção do Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa
Assunto: Jogo. Totoloto. Totobola. Exercício da actividade de mediador. Pedidos de autorização. Falta de resposta. Demora. Cumprimento do dever de informação aos interessados.

Agradeço a V. Ex.^a, antes de mais, os esclarecimentos prestados através de comunicação. A questão genericamente abordada a propósito deste caso concreto suscita algumas reflexões que me permito partilhar com V. Ex.^a. Têm

vindo a ser relatadas, à Provedoria de Justiça, situações em que o pedido de autorização dos candidatos a mediadores foi formulado há vários meses – por vezes anos –, sem que os interessados tenham conhecimento da evolução do seu pedido ou da decisão que sobre o mesmo tenha recaído.

O grau de acompanhamento e conhecimento da questão depende, não raro, da diligência dos interessados: casos tem havido em que estes obtêm informações verbais sobre o estado dos seus processos, outros casos existem em que tal não acontece. Certo é que não parece ter existido, até à data, por parte do Departamento de Jogos da SCML, a preocupação ou o cuidado de informar os interessados de que os seus pedidos ali deram entrada, de que estão sendo apreciados, de qual o seu estado ou, mesmo, em alguns casos, de qual a decisão final, quando esta é de indeferimento.

Acredito que tal possa dever-se ao elevado número de pedidos que são dirigidos ao Departamento de Jogos, mas creio também que o dever de resposta e o direito à informação que assiste aos cidadãos justifica um tratamento mais criterioso destes processos e a introdução de rotinas que disciplinem o esquema de instrução dos pedidos de autorização para mediadores, introduzindo nesse esquema a preocupação de informar os requerentes, com regularidade, do estado do seu pedido e, evidentemente, da decisão final que sobre o mesmo venha a recair, bem como dos respectivos fundamentos.

Considerando o ponto 5.º do vosso ofício e a norma do Regulamento dos Mediadores ao qual se reporta (artigo 2.º, n.º 5), acredito que esta questão possa estar em vias de ser ultrapassada. Bastará, para tanto, que o Departamento de Jogos aproveite os trabalhos em curso para rectificar alguns dos procedimentos que até aqui têm sido menos correctos.

Com efeito, a definição dos “*critérios, regras e procedimentos a que obedecerá a selecção dos mediadores, os quais serão vinculativos e tornados públicos em, pelo menos, dois jornais de circulação nacional*”, traz acrescidas e importantes garantias de certeza e transparência no processo de autorização de mediadores: o regulamento anteriormente em vigor era bastante menos garantístico, é certo, mas para que a melhoria se torne visível e seja sentida pelos interessados, é essencial que se criem condições para a aplicação das normas do novo regulamento, desde logo que se aprovelem e divulguem, com a maior celeridade possível, não só os critérios com base nos quais será efectuada a selecção de mediadores, mas também os procedimentos tendentes a, nomeadamente, assegurar que os candidatos obtêm informação regular sobre

o estado dos seus processos e, evidentemente, sobre a decisão – fundamentada – que lhes põe termo.

Permito-me salientar a importância de a definição e divulgação dos critérios, regras e procedimentos em falta, a que se refere o citado artigo 2.º, n.º 5, do Regulamento, serem concretizadas com a maior brevidade possível. Com efeito, a Portaria n.º 313/2004, de 23 de Março, que aprovou o referido Regulamento, entrou em vigor no dia imediato ao da sua publicação, esperando-se pois a concretização daquela norma há mais de 4 meses. E dúvidas não restam, creio, que, sem essa concretização nada se terá evoluído no plano da transparência e do rigor em matéria de selecção de mediadores. Tendo-se reconhecido a necessidade de alterar a situação que vigorou na pendência do anterior regulamento, mal se compreende que agora, alteradas as normas, não se garanta a sua eficaz aplicação.

Aproveito para dar a conhecer a V. Ex.^a que nesta data determinei o arquivamento do processo em referência, por considerar que, por ora, nada mais há a diligenciar acerca do caso concreto objecto do mesmo, face, nomeadamente, ao compromisso assumido na vossa comunicação em referência, de comunicar directamente ao interessado a resposta ao seu pedido.

Esperando que V. Ex.^a acompanhe as preocupações que acima deixei expressas e que em breve estejam criadas condições para que não subsistam motivos de queixa por parte dos candidatos a mediadores no tocante ao conhecimento e acompanhamento do processo que envolve a sua selecção, apresento-lhe os meus melhores cumprimentos.

R-1914/04

Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Torres Vedras

Assunto: Responsabilidade civil. Via pública. Líquido na estrada. Acidente. Dano. Indemnização. Recusa de pagamento. Incumprimento do dever de colaboração com o Provedor de Justiça.

Acuso a recepção do vosso ofício, remetido na sequência dos pedidos de esclarecimentos que lhe foram dirigidos pela Provedoria de Justiça.

Compreenderá V. Ex.^a, no entanto, que não possa este órgão do Estado considerar satisfeito o dever de colaboração que impende sobre a Câmara Municipal de Torres Vedras, à semelhança de todas as outras entidades públicas, quer da Administração Central, quer da Administração Local, com meras informações de carácter remissivo que não esclarecem as questões concretas colocadas e que, como se teve já oportunidade de salientar, se afiguravam relevantes para o apuramento das causas que concorreram para a produção do acidente de viação objecto de queixa, assim como para a apreciação da responsabilidade do mesmo decorrente.

Efectivamente, como procurou sublinhar a Provedoria de Justiça através de ofício que em 24 de Junho de 2004 dirigiu a V. Ex.^a, nos termos do art. 29.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, “Os órgãos e agentes das entidades públicas civis e militares, têm o dever de prestar todos os esclarecimentos e informações que lhes sejam solicitados pelo Provedor de Justiça”.

Naturalmente que o facto de se encontrar em curso uma acção judicial interposta pela reclamante contra a Câmara Municipal de Torres Vedras – ao que se presume, para discussão da responsabilidade civil decorrente do acidente objecto destes autos –, em nada desonera essa autarquia do cumprimento desse dever de cooperação para com a Provedoria de Justiça.

Isto é, se é certo que os princípios da soberania dos tribunais e da separação de poderes impedem o Provedor de Justiça de interferir nos processos judiciais ou de se pronunciar sobre o mérito das decisões judiciais, afigura-se igualmente inequívoco que a relação entre este órgão do Estado e as entidades administrativas – mesmo quando estas ocupam a posição de rés em acções judiciais –, se mantém intacta.

Por outro lado, constituindo o dever de fundamentação das decisões uma imposição de natureza não só legal, como também constitucional (cfr. art. 268.º da Constituição da República Portuguesa), não pode também considerar-se cumprido tal dever com a mera indicação de que não se tem informação de que tenha sido uma substância proveniente de qualquer intervenção dos serviços camarários ou de qualquer viatura da autarquia a causa do acidente ou que “(...) não estando identificada a origem do acidente nem a “culpa” da Câmara (...)” seria de indeferir o pedido de indemnização.

Na verdade, como refere a nossa melhor doutrina jus-constitucional, a fundamentação deve ser entendida não só como *motivação*, ou seja, indicando as razões em que se baseou a escolha da Administração, mas também como *justificação*, traduzida na exposição dos pressupostos de facto e de direito que conduziram à decisão tomada.

O que significa que os actos administrativos, sobretudo os que afectem os direitos ou legítimas expectativas dos interessados devem ser acompanhados de fundamentação clara, suficiente e adequada.

Neste caso concreto, não pode deixar de se concluir que o cumprimento desse dever exigia a indicação das diligências feitas por essa câmara municipal no sentido de apurar as causas do acidente e a divulgação de pareceres técnicos, nomeadamente o relatório da vistoria realizada ao local, assim como o fornecimento de informações suficientes sobre os procedimentos seguidos pela autarquia para assegurar a segurança da circulação automóvel no troço da faixa de rodagem onde ocorreu o sinistro, antes e depois dessa ocorrência.

Por todo o exposto, e muito embora se tenha determinado o arquivamento desta queixa por se entender que a prova da responsabilidade pelo acidente deverá ser produzida e apreciada em sede judicial, compreenderá V. Ex.^a o sentido desta chamada de atenção destinada a acautelar, em situações futuras, o efectivo cumprimento, quer do dever de fundamentação das decisões que venham a merecer as pretensões dirigidas pelos particulares a essa autarquia, quer do dever de cooperação para com este órgão do Estado, caso volte a ser solicitada, nos termos legais, a vossa colaboração na instrução de queixas que aqui se encontrem pendentes.

R-1934/04

Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Directora-Geral do Turismo

Assunto: Consumo. Turismo. Agências de viagens. Incumprimento de contrato. Indemnização. Comissão arbitral. Demora no procedimento.

Concluída a instrução do processo – depois de analisado o vosso ofício, que desde já agradeço –, considerou-se ser de determinar o respectivo arquivamento, ao abrigo do art. 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

De facto, compreende-se que, estando em causa um processo de funcionamento da caução, nos termos previstos no art. 47.º do Decreto-Lei n.º 209/97, de 13 de Agosto (na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 12/99, de 11 de Janeiro), a indemnização a atribuir à reclamante (e à outra cliente da agência também envolvida neste conflito) só possa cobrir o reembolso dos montantes pela mesma entregues, nos termos das disposições conjugadas do art. 43.º, n.º 1 e 41.º, n.º 2, al. a) daquele diploma e, logo, só traduza uma compensação pela alteração do tipo de refeição prestada a bordo do avião.

No entanto, e depois de ponderadas as justificações avançadas por essa Direcção-Geral para justificar o incumprimento do prazo de decisão previsto no art. 48.º do regime jurídico de acesso e exercício da actividade das agências de viagens e turismo supra mencionado, permito-me chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de, a curto prazo, virem a ser adoptadas medidas capazes de agilizar procedimentos e concertar as disponibilidades entre as diversas entidades que devem compor as comissões arbitrais, de forma a que se possa reduzir o mais possível o tempo de espera por uma decisão desta natureza.

Só assim será possível garantir o funcionamento das cauções, assegurando também a devida tutela, em tempo oportuno, a quem se dirija à Direcção-Geral do Turismo para fazer valer os seus direitos contra o incumprimento dos deveres a que estão legalmente adstritas as agências de viagens.

Certo de que – não obstante as dificuldades na gestão do avultado volume de processos – diligenciará V. Ex.^a no sentido proposto.

R-2008/04
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Director-Geral de Viação (Ministério da Administração Interna)

Assunto: Actividade económica. Exercício de profissão. Ensino de condução. Examinadores. Falta de realização de cursos de formação.

O presente ofício serve, em primeiro lugar, para agradecer os esclarecimentos prestados por V. Ex.^a a coberto de ofício, que nos chegou acompanhado de cópia do ofício através do qual foi a associação reclamante informada da improcedência do requerimento de impugnação do acto de indeferimento do pedido de autorização para a realização dos cursos de formação e actualização de examinadores.

Compreendeu a Provedoria de Justiça que, face à orientação definida no Plano Nacional de Prevenção Rodoviária quanto à concentração de competência numa única entidade para a realização dos exames de condução, não se afigure prudente, de momento, autorizar a realização de novos cursos de formação e actualização de examinadores, pelo que se procedeu ao arquivamento da queixa aqui apresentada.

Contudo, ponderou também a Provedoria de Justiça a indicação de que não foi, até ao momento, designada a entidade que irá ser incumbida dessa tarefa.

Julgo que constituirá também preocupação de V. Ex.^a, que esta situação não se mantenha indefinidamente, sob pena de ser colocada em causa a formação a que devem ser sujeitos os examinadores e a reciclagem dos seus conhecimentos cuja necessidade tem vindo a ser ampla e publicamente reconhecida.

Nestes termos, e tendo em conta os motivos expostos, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo.

R-2102/04
Assessor: André Barata

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Seixal

Assunto: Consumo. Água. Facturação. Dever de colaboração com o Provedor de Justiça. Incumprimento.

Serve o presente para agradecer a V. Ex.^a os esclarecimentos prestados a coberto de ofício, bem como informar do arquivamento do processo pendente neste órgão do Estado, decisão que se prende com a iniciativa tomada por essa autarquia, no sentido de conformar o Regulamento Geral de Abaste-

cimento de Água do Concelho do Seixal ao Decreto Regulamentar n.º 23/95, de 23 de Agosto.

Verificando, porém, que os dados reunidos por este órgão do Estado inequivocamente atestam que:

- a) para obtenção de uma resposta ao solicitado, foram necessários mais de quatro meses de repetidas insistências;
- b) o ofício não foi efectivamente precedido de qualquer contacto, ainda que intercalar, da iniciativa da Câmara Municipal do Seixal, tendente a informar do acolhimento que o nosso pedido entretanto havia merecido;
- c) o silêncio dessa autarquia só cessou por via da convocatória formulada em 20 de Setembro p.p.;
- d) as dificuldades sentidas na obtenção de uma célere e eficaz colaboração dos serviços que V. Ex.^a dirige não se reduzem à instrução dos presentes autos (cfr. Processos R-275/04 e R-1080/01);
- e) no caso vertente, a realização de um simples contacto telefónico teria evitado a adopção dos procedimentos tomados, com evidente ganho para qualquer das entidades.

Chamo a especial atenção de V. Ex.^a para a importância de melhorar a capacidade de resposta da câmara municipal às solicitações que lhe sejam dirigidas pelo Provedor de Justiça.

R-2352/04

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Lisboa 9

Assunto: Fiscalidade. Processo tributário. Execução fiscal. Contribuições para a segurança social. Reversão da execução. Requisitos legais. Dever de cumprimento.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço.

Face à reclamação deduzida nos termos dos artigos 276.º e seguintes do Código de Procedimento e de Processo Tributário, já em apreciação junto

do tribunal administrativo e fiscal competente para a sua decisão, informo V. Ex.^a de que foi determinado o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

Permito-me, no entanto, e apesar de no caso concreto em apreço a executada por reversão não ter feito valer os seus direitos pelos meios administrativos e judiciais apropriados – não exercendo o direito de audição para que foi notificada, nem deduzindo oposição à execução fiscal dentro do prazo estabelecido pelo artigo 203.º do CPPT –, alertar V. Ex.^a para o facto de a reversão, como forma subsidiária de satisfação do crédito tributário, exigir rigorosas diligências na sua efectivação, superiores às que parecem ter sido adoptadas no presente caso.

Efectivamente, tal como se refere no ofício da Provedoria de Justiça, de 22/07/2004, o Serviço de Finanças da área da sede da executada originária tinha ao seu dispor elementos suficientes para concluir pela ilegitimidade da revertida.

Ainda que já tivesse sido proferido despacho de reversão, a simples apreciação dos elementos de prova apresentados pelos restantes ex-sócios-gerentes da sociedade devedora originária, teria permitido a sua revogação, com o que se teria evitado a exigência de uma dívida fiscal a quem não tinha qualquer responsabilidade pelo seu pagamento, em vez de a mesma ter sido solicitada a quem efectivamente era responsável subsidiário à data em que foi constituída.

Em face do exposto, apelo a V. Ex.^a, na qualidade de Chefe de um Serviço de Finanças e, por inerência, órgão das execuções fiscais, para que, no futuro, em situações de semelhante natureza, previamente à tomada de decisão sobre a reversão das dívidas em execução, sejam tomadas as devidas providências.

R-2764/04

Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Directora do Centro de Atendimento de Reclamações dos CTT-Correios

Assunto: Consumo. Electricidade. Facturação. Data de expedição dos documentos de pagamento. Atrasos. Decurso do prazo de pagamento. Procedimento adequado.

Recebida a informação de V. Ex.^a, prosseguiu a Provedoria de Justiça com a instrução do processo, solicitando à EDP que se pronunciasse, também, sobre o assunto objecto de queixa, ou seja, a questão relativa à recepção tardia das facturas de electricidade por parte dos clientes dessa empresa.

Respondeu a EDP que as facturas objecto de discussão terão sido entregues atempadamente aos serviços de expedição postal, dispondo, inclusivamente, de guias que atestam essa entrega.

Para além do atraso na distribuição das facturas a que se referiu o reclamante, deve ter-se presente a necessidade de instituir medidas destinadas a garantir a devida prioridade à entrega deste tipo de correio (com prazo), como constitui já orientação dos CTT, segundo se referiu na vossa informação, ainda que se compreenda que o elevado volume de correspondência diariamente movimentada possa dificultar essa tarefa.

É neste sentido que aproveitou os contactos já desenvolvidos no âmbito deste processo para reiterar junto de V. Ex.^a esse mesmo entendimento, para que não possam os clientes da EDP vir a ser penalizados – designadamente por incorrerem em mora quando procedam ao pagamento das facturas fora de prazo –, por factos que não lhes são imputáveis.

Na convicção de que, quer a EDP, quer os CTT, estão empenhados em melhorar a qualidade do serviço prestado aos respectivos clientes também no que à entrega deste tipo de correspondência diz respeito, concluiu a Provedoria de Justiça não se justificar qualquer outra intervenção no âmbito deste processo, razão pela qual se procedeu ao seu arquivamento (art. 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprovou o Estatuto do Provedor de Justiça).

Convicto de que a posição ora expressa pela Provedoria de Justiça vai ao encontro dos objectivos que os CTT fixaram já no que toca ao cumprimento dos padrões de qualidade de serviço, agradeço a V. Ex.^a a colaboração prestada.

R-2764/04
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da EDP

Assunto: Consumo. Electricidade. Facturação. Data de expedição dos documentos de pagamento. Atrasos. Decurso do prazo de pagamento. Procedimento adequado.

Concluída a instrução do processo – depois de analisada a informação que V. Ex.^a remeteu à Provedoria de Justiça e que desde já agradeço –, considerou-se ser de determinar o respectivo arquivamento, ao abrigo do art. 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

Efectivamente, será de admitir que, perante um volume enorme de facturas de energia eléctrica diariamente expedidas através dos CTT, correspondente a um universo tão abrangente de consumidores, possam ocorrer incidentes ao longo do trajecto da distribuição postal capazes de comprometer o estrito cumprimento dos prazos regulamentares de entrega desse tipo de correspondência aos respectivos destinatários.

Todavia, essas dificuldades não podem servir apenas para justificar a ocorrência mais ou menos pontual desse tipo de atrasos, devendo antes ser encaradas como um estímulo no sentido do aperfeiçoamento progressivo de comportamentos e da elevação dos padrões pelos quais se afere a qualidade de serviço, preocupação, aliás, também já manifestada por V. Ex.^a na informação remetida à Provedoria de Justiça e que exige, também, naturalmente, um esforço acrescido em termos de diligência e rapidez da parte dos CTT.

Por outro lado, e independentemente da quota-parte de responsabilidades que caibam à EDP e aos CTT na produção destes atrasos, é também muito importante garantir que não sejam os clientes penalizados pelo entrega extemporânea das facturas, designadamente quanto à exigência de pagamento de juros de mora.

A este respeito aprez-me registar a solução sensata que, de acordo com a informação prestada por V. Ex.^a, tem vindo a EDP a aplicar quando os clientes alegam a recepção tardia das facturas para justificar o seu pagamento fora do prazo estipulado, isentando-os do pagamento de juros de mora.

Não sendo essa a solução ideal, permite, pelo menos, salvaguardar os direitos dos consumidores que, de outro modo, seriam atingidos por factos totalmente alheios à sua vontade.

Conta assim a Provedoria de Justiça que a EDP se vai manter empenhada em garantir o escrupuloso cumprimento dos prazos de entrega das facturas aos seus clientes e que, perante eventuais situações de desvio que possam ainda vir a ocorrer, diligenciará no sentido do seu esclarecimento e resolução, assegurando, em qualquer caso, como se julga ser de toda a justiça, que não

serão os consumidores penalizados quando pagam, fora de prazo, uma factura recebida com uma antecedência inferior à que se encontra regulamentarmente instituída.

R-3003/04

Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Serviço de Finanças de Lagos (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Tributação do património. Contribuição autárquica. Imposto Municipal sobre Imóveis. Avaliação do prédio. Inscrição na matriz. Sequência dos procedimentos.

Acuso a recepção do ofício de V. Ex.^a, cujo envio, desde já, agradeço.

Analizados os esclarecimentos prestados por V. Ex.^a bem como a documentação apresentada, concluiu-se que o prédio urbano do artigo ..., da freguesia da Luz, foi indevidamente inscrito na respectiva matriz, antes de concluído o processo avaliativo, contrariando o disposto no ponto n.º 3 do Ofício-Circulado n.º 40025, de 11/08/2000, da Direcção de Serviços da Contribuição Autárquica que determina que só após a conclusão da 2.^a avaliação, e após a notificação do resultado ao contribuinte e respectivo trânsito em julgado é que o prédio podia ser levado à matriz e efectuadas as liquidações das contribuições devidas.

A adopção do procedimento certo teria evitado as liquidações incorrectas de contribuição autárquica e de IMI, as cobranças indevidas, as anulações e a promoção de reembolsos das quantias indevidamente arrecadadas relativas aos anos de:

1. 1999, colecta e juros compensatórios no valor de € 437,07; e
2. 2003, no valor de € 29,54 correspondente à diferença entre o valor cobrado na primeira prestação, € 386,26, e o montante total de IMI devido, € 356,72.

Em relação ao ano de 2002, afigura-se-nos que o valor da contribuição autárquica efectivamente devido seria € 552,83 (€ 42.525,00 x 1,30%), pelo que tendo sido apenas cobrado o montante de € 538,07, faltará pagar a quantia de € 14,75.

Certo de que V. Ex.^a não deixará de ter em conta quer o reparo relativo à inscrição do prédio na matriz quer as observações relativas aos créditos e débito da contribuinte, promovendo todas as diligências necessárias à regularização da situação, mais informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo pendente neste órgão do Estado sem prejuízo da sua reabertura, a pedido da queixosa, caso os reembolsos devidos não sejam efectuados num prazo razoável.

R-3045/04

Assessor: André Barata

Entidade visada: Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial, S.A. (Direcção de Sinistros)

Assunto: Consumo. Seguro automóvel. Acidente. Relatório pericial. Envio ao Provedor de Justiça. Dever de colaboração. Cumprimento.

1. Serve o presente para agradecer a comunicação e informar V. Ex.^a do arquivamento do processo pendente neste órgão do Estado, decisão fundada no entendimento de que a resolução da questão suscitada envolve a fixação de matéria de facto controvertida, o que não compete a este órgão do Estado assegurar.

2. Verificando, porém, que essa Direcção de Sinistros não veio a remeter os elementos periciais expressamente solicitados no âmbito da instrução do processo pendente neste órgão do Estado, faço notar a V. Ex.^a que, nos termos da lei, cabe a essa entidade prestar ao provedor de Justiça toda a colaboração que por este lhe for solicitada, designadamente facultar todos os documentos e processos que lhe sejam pedidos, sendo que, sem prejuízo do procedimento disciplinar que no caso couber, o incumprimento injustificado do dever de cooperação constitui crime de desobediência (cfr. art. 29.º, n.ºs 2 e 6, do Estatuto do Provedor de Justiça).

3. A formulação do presente reparo tem pleno cabimento já que, em razão do exposto, não pode V. Ex.^a, escudado na mera invocação da “natureza reservada” dos elementos solicitados, deixar de assegurar o cumprimento pleno e efectivo do dever jurídico de cooperação com o Provedor de Justiça,

que, aliás, é obrigado a guardar sigilo relativamente aos factos de que tome conhecimento no exercício das suas funções, se tal sigilo se impuser em virtude da natureza dos mesmos factos (cfr. art. 12.º, n.º 1 do Estatuto).

R-3083/04
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Presidente do IEF – Instituto de Emprego e Formação Profissional

Assunto: Fundos europeus. Emprego. Programa de criação do próprio emprego. Candidatura ao financiamento. Demora na apreciação e decisão do processo.

Considerando as informações prestadas por V. Ex.^a através de ofício, foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do disposto no art.31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

De facto, atenta a gravidade do comportamento imputado ao reclamante, espera a Provedoria de Justiça que, em sede própria, seja apreciada a respectiva responsabilidade criminal.

Permito-me, no entanto, aproveitar este contacto junto de V. Ex.^a para reiterar, no seguimento de outros processos em que tomou a Provedoria de Justiça conhecimento de idênticos atrasos no processo de decisão por parte de centros de emprego, que, ainda que se admita a existência de dificuldades no cumprimento dos prazos legais por motivos alheios a esses serviços, deve ser feito um esforço acrescido no sentido de acautelar a estrita observância desses prazos, quer ao nível de uma gestão mais racional dos recursos humanos existentes, quer também, em situações extremas, promovendo o reforço a título extraordinário desses recursos.

É que, no âmbito dos programas de apoio financeiro, em que é tão elevado o grau de diligência exigido aos promotores no que toca ao cumprimento dos compromissos assumidos, não deve a Administração comprometer a sua legitimidade para actuar contra eventuais ilegalidades, colocando-se a si própria na posição de incumpridora face aos comandos legais.

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do IFADAP
Assunto: Fundos europeus. Agricultura. Arranque de vinha. Atribuição indevida de subsídio. Erro dos serviços. Diligências de prevenção.

Concluída a instrução do processo – depois de analisado o vosso ofício, que desde já agradeço –, considerou-se ser de determinar o respectivo arquivamento, ao abrigo do art. 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

De facto, compreende-se que não preenchendo a candidatura apresentada pelo reclamante a condição de elegibilidade constante na alínea e) do ponto 17 da Portaria n.º 1259/2001, de 30 de Outubro, não possa aquele reclamar o pagamento do prémio de compensação por perda de receita decorrente do arranque de vinha.

Ou seja, não há como discutir que não assistia ao reclamante o direito a receber aquele subsídio, pelo que, nos termos legais, estava obrigado a proceder à sua devolução.

Deve, no entanto, ponderar-se também, paralelamente a essa conclusão, que a atribuição indevida do subsídio não resultou, como se julga ter ficado suficientemente esclarecido no processo, de qualquer atitude fraudulenta da parte do reclamante, já que o próprio nunca escondeu a data exacta em que havia procedido ao arranque da vinha e que se candidatou porque desconhecia o momento em que estava autorizado a fazê-lo para efeitos de obtenção desse apoio.

Julga-se que esse instituto perfilhará exactamente do mesmo entendimento, pois, de outra forma, não teria isentado o reclamante do pagamento dos juros sobre a quantia a que corresponde a ajuda entretanto devolvida.

De todo o modo, não quis deixar de aproveitar a oportunidade para chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de evitar a repetição deste tipo de *erros administrativos* no futuro, adoptando para o efeito as providências adequadas a garantir que as condições de elegibilidade das candidaturas são

efectivamente aferidas após a sua recepção e antes de ser decidida a atribuição das ajudas, eliminando assim a possibilidade de se voltarem a registar situações desta natureza.

É que, se é certo que não podem os beneficiários escudar-se na ignorância da legislação vigente (art. 6.º do Código Civil) para justificar o incumprimento das condições de elegibilidade das candidaturas, afigura-se igualmente clara a responsabilidade dos serviços desse instituto na respectiva recepção, análise e decisão (ponto 26, alínea *b*), iii) da Portaria n.º 1259/2001, de 30 de Outubro) e, naturalmente, na eventual criação de falsas expectativas quanto à obtenção de subsídios em processos em que se venha a constatar, extemporaneamente, a inelegibilidade das candidaturas.

Isto é, a Administração só ficará legitimada para exigir aos particulares o estrito cumprimento da legislação vigente quanto também ela pautar o seu comportamento por padrões de máxima correcção e legalidade.

R-3196/04

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Serviços de Finanças do Barreiro (DGGI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Processo de execução fiscal. Notificação em bilhete postal. Identificação da situação tributária. Quebra do sigilo fiscal.

Acuso a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio agradeço.

Em face do seu conteúdo, nada há a censurar à actuação desse Serviço de Finanças, nem quanto à motivação para a penhora efectuada, nem quanto ao não cancelamento do seu registo nem, ainda, quanto à liquidação do acrescido da execução.

O mesmo já não se poderá dizer no que respeita à criação de condições de violação do sigilo fiscal, facto que, atendendo à sua excepcionalidade, será de acreditar que não se venha a repetir no futuro.

Mais informo ter sido determinado o arquivamento do processo.

Entidade visada: Director da Alfândega de Aveiro (DGAIEC)
Assunto: Fiscalidade. Imposto automóvel. IVA. Falta de pagamento. Apreensão de viaturas. Leilão. Arrematação. Falta de entrega. Demora na instauração de processo para a entrega coerciva do bem.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço.

É porém meu dever alertar V. Ex.^a para a omissão procedimental da Alfândega de Aveiro na oportuna efectivação da responsabilidade civil e, eventualmente, criminal, do fiel depositário, pelo incumprimento dos deveres que lhe são impostos pelo artigo 854.º do Código de Processo Civil.

Efectivamente, tratando-se de uma venda em leilão promovida directamente por um serviço do Estado, deverá a mesma obedecer a todas as formalidades da venda executiva previstas no mencionado Código, tanto mais que, como acontece no caso concreto, se trata da venda de um bem perdido a favor do Estado, mediante processo declarativo próprio.

Convicto de que, com o procedimento agora anunciado, será reposta a legalidade da situação reclamada, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Loures 1 (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IRS. IVA. Processo de execução fiscal. Pagamento. Cancelamento do registo de penhora de imóvel. Demora.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a, cujo envio agradeço.

Através do mencionado ofício vem V. Ex.^a prestar informação sobre os valores e proveniência das dívidas em execução fiscal, contra a reclamante e

marido, dívidas de que a Provedoria de Justiça já tinha conhecimento, na sequência das diligências efectuadas junto do Serviço de Finanças de Mafra, sem, no entanto, dar resposta ao solicitado através do nosso escritório de 9 de Setembro de 2004.

O que se questionava naquele escritório era a motivação para o indeferimento do pedido apresentado pela reclamante, de certidão do teor do despacho de cancelamento da penhora do imóvel da sua propriedade, nas execuções já extintas por pagamento.

Embora o Código de Processo e de Procedimento Tributário não contenha norma que preveja o cancelamento do registo da penhora em caso de pagamento voluntário, como aconteceu no caso da reclamante, apenas referindo o cancelamento dos registos que caducam com a venda do imóvel (cfr. o artigo 260.º do CPPT) e o cancelamento do registo da penhora, no caso de extinção da execução, por anulação da dívida exequenda (cfr. o artigo 271.º do CPPT), haverá que admitir-se, por interpretação extensiva do último preceito citado, como o faz Jorge Lopes de Sousa, in “Código de Procedimento e de Processo Tributário” – anotado, 3.ª Ed. Vislis Editores, Lisboa, 2002, a págs. 1155 que o levantamento da penhora e o cancelamento do seu registo são consequências que decorrem da extinção da execução e não da especificidade de esta derivar de anulação da dívida.

E continua o ilustre autor dizendo que “Por isso, estes levantamento e cancelamento são actos que devem ser praticados ao ser declarada a extinção, qualquer que seja o motivo que a determinou e, inclusivamente, nos casos de pagamento voluntário”.

Ora, tendo o pagamento ocorrido no Serviço de Finanças deprecado e tendo este a obrigação de remeter o processo de imediato ao Serviço de Finanças deprecante, nos termos do artigo 268.º do CPPT, para que este declare a extinção da execução, parece não restarem dúvidas de que compete a V. Ex.ª determinar o cancelamento do registo da penhora e emitir a certidão solicitada pela reclamante.

Nem se poderá admitir, por ilegal, que a manutenção do mencionado registo sirva de forma de pressão para que a executada proceda ao pagamento das dívidas ainda em execução, nas cartas precatórias pendentes no Serviço de Finanças de Mafra, uma vez que a penhora efectuada nas execuções já extintas não aproveita às execuções ainda pendentes.

O levantamento da penhora de que se trata, não obstará, por isso, a que seja efectuada nova penhora sobre o mesmo imóvel, para garantia do crédito tributário ainda não satisfeito.

Motivo por que me permito chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de cumprimento da lei processual fiscal, no respeitante ao cancelamento do mencionado registo.

De qualquer maneira, a regularização da situação fiscal e patrimonial da reclamante passará necessariamente ou pelo pagamento das dívidas em execução ou pela execução forçada do seu património, mas sempre no âmbito das execuções fiscais ainda pendentes, do que lhe foi dado conhecimento.

Com esta comunicação à reclamante, determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado, convicto de que, adoptados por V. Ex.^a os procedimentos que mais se coadunem com a legalidade da situação descrita, não será necessário proceder à sua reabertura.

R-3462/04

Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Serviço de Finanças de Lisboa 11 (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Tributação sobre o património. Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT). Preenchimento de declaração. Omissão no esclarecimento de dúvidas. Deveres de informação e de colaboração. Incumprimento.

Foi recebida neste órgão do Estado uma exposição de uma contribuinte relativa a atendimento insatisfatório por parte de alguns funcionários dos serviços dirigidos por V. Ex.^a.

Concretamente, a queixosa refere ter-lhe sido recusada ajuda no preenchimento da declaração para liquidação do IMT, e de não ter podido proceder à alteração do seu domicílio fiscal dada a demora no atendimento, uma vez que os funcionários ao atendimento do público se ausentavam da sala durante cerca de 5 minutos após o atendimento de cada contribuinte.

Sabendo-se, pela experiência recolhida em situações análogas anteriores, ocorridas noutros serviços, que o apuramento da verdade dos factos ale-

gados seria difícil, pois o mais normal é evidenciar-se uma situação com versões contraditórias, entendo, contudo, dever aproveitar a oportunidade para apelar a V. Ex.^a no sentido de, a considerar justificado, sensibilizar mais uma vez os funcionários para o respeito da obrigação de prestarem a necessária assistência aos contribuintes no cumprimento dos seus deveres acessórios, como será o caso do preenchimento de qualquer declaração a que aqueles estejam obrigados por forma a permitir a liquidação de tributos que lhes devam ser exigidos.

Certo de que V. Ex.^a, a considerar adequado e sem prejuízo de outras diligências que entenda realizar, não deixará de ter em conta a observação supra, mais informo de que determinei o arquivamento do processo referenciado em epígrafe.

R-3568/04

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Loures 1 (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Alienação do imóvel. Liquidação indevida ao ex-proprietário. Falta de pagamento. Cobrança em execução fiscal. Penhora de parte do vencimento do cônjuge. Erros dos serviços. Anulação da dívida. Extinção do processo.

Acuso a recepção da comunicação de V. Ex.^a, contendo em anexo cópia do ofício, desse Serviço de Finanças, cujo envio muito agradeço.

Em face da informação nele prestada e, apesar de se verificar ter sido já resolvido o assunto objecto de queixa, com o cancelamento da penhora efectuada e a extinção do processo de execução fiscal por anulação da dívida executanda, não posso deixar de formular um reparo à actuação dos serviços no caso em apreço, tendo por objectivo evitar a sua repetição em situações futuras.

Desde logo, porque, face à comunicação efectuada pelos notários quanto aos actos celebrados nos seus cartórios, deveria ter sido alterado o nome do titular inscrito na matriz da fracção autónoma tributada, a fim de evitar a liquidação da contribuição autárquica do ano de 1999 a quem já não era sujeito passivo da mesma, por ter transmitido a propriedade do imóvel em 1 de Outubro do ano anterior.

Porém, ainda que o referido imposto se mostrasse devido, tratando-se de uma dívida que goza de privilégio creditório, a penhora deveria ter tido início na própria fracção tributada, nos termos do artigo 219.º, n.º 4, do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

Apenas se o seu valor se mostrasse insuficiente para o pagamento da dívida, haveria então lugar à penhora de outros bens ou rendimentos do executado – e não do seu cônjuge, como veio a acontecer –, dado tratar-se de uma dívida da exclusiva responsabilidade do cônjuge devedor.

E a verdade é que os serviços dispunham de diversos elementos que permitiam afastar a responsabilidade do actual cônjuge do executado, nomeadamente a escritura pública de aquisição do imóvel anexa ao eventual processo de isenção de contribuição autárquica, bem como o acesso aos dados declarativos em sede de IRS de qualquer dos cônjuges, não se compreende a actuação levada a efeito.

Quanto à penhora em si saliento que, embora o produto do trabalho dos cônjuges integre a comunhão, por força do disposto no artigo 1724.º, do Código Civil, pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de cada um deles, apenas respondem, ao mesmo tempo dos bens próprios, os bens comuns a que alude o artigo 1696.º, n.º 2, do citado Código, entre os quais o produto do trabalho do próprio cônjuge devedor e não o do cônjuge não devedor.

Contudo, dada a informação agora transmitida sobre a reposição da legalidade da situação objecto de queixa, informo V. Ex.^a de que, no pressuposto de que as quantias penhoradas tenham já sido objecto de devolução à interessada, determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

R-3571/04

Assessor: André Barata

Entidade visada: Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Vila Franca de Xira, (Presidente do Conselho de Administração)

Assunto: Consumo. Água. Facturação. Pagamento por débito bancário. Cumprimento do direito à informação prévia do valor e natureza dos débitos.

Serve o presente para agradecer a V. Ex.^a a colaboração prestada no âmbito da instrução do processo aberto neste órgão do Estado e informar que, atento o teor da comunicação, foi determinado o arquivamento do mesmo.

Considerando, porém, que, contrariamente ao sugerido no vosso ofício, o facto de ter sido a reclamante a solicitar aos SMAS a reparação da anomalia existente na ligação ao contador não pode justificar a falta de notificação prévia da cobrança dos respectivos custos, preveleço-me do presente para solicitar o empenho de V. Ex.^a no sentido de garantir que os utentes sejam sempre antecipadamente informados do valor e natureza de quaisquer débitos efectuados por essa entidade, ao abrigo da ordem de pagamento por transferência bancária.

R-3688/04

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Director dos Serviços Financeiros Postais – CTT

Assunto: Fiscalidade. IVA. Pagamento de impostos. CTT. Problema informático. Atraso na transferência da receita para a DGCI. Execução fiscal contra a reclamante. Prevenção e detecção de outras situações análogas.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço.

Nos termos da carta de 29-09-2004, dirigida à ..., para além do pedido formal de desculpas nela contido, vem V. Ex.^a justificar o atraso na transferência de fundos para a Direcção-Geral dos Impostos, mostrando disponibilidade para assumir o eventual pagamento de juros moratórios a liquidar na execução fiscal instaurada contra a reclamante.

Segundo informa o Chefe do Serviço de Finanças da área do domicílio fiscal da reclamante, as dívidas em execução já se encontram anuladas no sistema informático da Direcção de Serviços do IVA, sendo de prever que não seja exigido o acrescido da execução.

A mencionada anulação só viria a ser operada na sequência da transferência dos valores pagos, em 7 de Setembro de 2004, após pedido de declaração comprovativa do pagamento efectuado.

O teor do terceiro parágrafo da carta dirigida à ... poderá, porventura, colocar a dúvida acerca da efectiva transferência dos fundos relativos aos pagamentos efectuados por outros sujeitos passivos, que não solicitaram declaração comprovativa dos pagamentos de impostos que efectuaram, junto dos CTT, e que não tenham sido entregues atempadamente ao credor tributário.

Tratando-se de uma matéria que contende com as garantias dos cidadãos enquanto contribuintes e com a satisfação do credor tributário, a ser o caso, muito agradeço a V. Ex.^a que se digne diligenciar no sentido de promover a regularização de eventuais situações semelhantes à que foi objecto de queixa e ainda não detectadas e corrigidas, bem como no sentido de evitar a repetição de outras situações de natureza análoga.

R-3910/04
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Directora de Finanças da Região Autónoma da Madeira (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Processo tributário. Certidões requeridas por advogados. Sigilo fiscal. Indeferimento de pedido. Erro na interpretação da lei. Divulgação do procedimento correcto por todos os serviços.

Acuso a recepção do ofício de V. Ex.^a, cujo envio muito agradeço, bem como toda a colaboração prestada no âmbito da instrução dos autos.

Com a informação de que as certidões requeridas já foram objecto de emissão, tendo o requerente sido notificado para proceder ao seu levantamento, informo V. Ex.^a de que foi determinado o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

Solicito, contudo, a V. Ex.^a que se digne divulgar o teor da Nota Jurídica n.º 0090/04 – RS, da Direcção de Serviços Jurídicos e do Contencioso da DGCI por todos os Serviços de Finanças da Região Autónoma da Madeira, a fim de prevenir a ocorrência de situações semelhantes à denunciada pelo reclamante.

Entidade visada: Director de Finanças de Beja (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IVA. Procedimento de inspecção tributária. Prorrogação. Prazo legal. Requisitos. Incumprimento.

Acuso a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço, bem como dos documentos a ele anexos.

Se algum reparo há a fazer à actuação da Inspeção Tributária, nomeadamente quanto ao alargamento do prazo do procedimento de inspecção, tal reparo já foi emitido através do relatório elaborado pelo Gabinete de Auditoria Interna da DGCI sobre a exposição apresentada pelo reclamante, e que foi sancionado por Despacho do Director-Geral dos Impostos, de 18 de Junho de 2004.

Contudo, nunca será excessivo reiterar o mencionado reparo, apesar da sua justificação, pois, embora se trate de uma mera irregularidade que não afecta directamente os direitos dos contribuintes que, dado o princípio da impugnação unitária, sempre poderão, em sede de reclamação graciosa ou de impugnação judicial, fundamentar a sua pretensão em qualquer ilegalidade, entre as quais a preterição de formalidades legais, quer do procedimento de liquidação, quer do procedimento de inspecção que àquela conduz, não deixa de se tratar do deficiente cumprimento das normas fiscais que regulam o procedimento tributário.

Todavia, nada mais havendo a censurar nem à motivação para a abertura do procedimento inspectivo, nem aos critérios técnicos que o nortearam e, tendo sido prestada informação sobre a situação das liquidações emitidas, algumas das quais anuladas parcialmente no âmbito de reclamações graciosas deduzidas pelo sujeito passivo, do indeferimento do recurso hierárquico, bem como da notificação sobre o meio de defesa subsequente àquele indeferimento e ainda sobre a abertura do processo de inquérito n.º 284/04.5TABJA, se bem que, provavelmente, já tenha decorrido o prazo de prescrição do procedimento criminal, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

Entidade visada: Directora de Serviços de IRS (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Rendimentos da categoria B. Opção pela tributação de acordo com as regras da categoria A. Prestação de informação telefónica na linha “azul” da DGCI. Garantias acrescidas de qualidade e de rigor nas informações dadas aos cidadãos.

No âmbito do vosso processo, foi apreciada e prestada reposta a uma exposição dirigida a V. Ex.^a pelo contribuinte, relativamente à informação/aconselhamento que lhe foi prestado quando, por ocasião do preenchimento e entrega via internet da sua declaração de IRS/2002, contactou o serviço de informações telefónicas do IRS.

Por não se conformar com a resposta obtida (vosso ofício datado de 23.09.2004), o interessado expôs o assunto a este órgão do Estado.

Analisada a questão, é inevitável concluir que a mesma tem óbvias semelhanças com os casos de atendimento presencial dos contribuintes aos balcões dos Serviços de Finanças e de outros locais de atendimento ao público. Comum a todos esses casos é, desde logo, a dificuldade de prova quanto ao que foi efectivamente perguntado e quanto ao exacto teor dos esclarecimentos prestados.

Funcionários e contribuintes beneficiariam seguramente com o reforço da possibilidade de prova nesses casos mas também se impõe reconhecer que isso nem sempre é possível. Levado ao extremo, o objectivo de reforçar as garantias de prova pode redundar num formalismo exagerado e numa maior burocratização dos serviços, em prejuízo dos contribuintes e dos próprios serviços.

O caminho a seguir será, pois, o de procurar reforçar a qualidade do atendimento de modo a fazer diminuir os casos de alegada informação insuficiente ou incorrecta por parte dos funcionários que procedem ao atendimento, presencial ou telefónico.

Nesse sentido, e a propósito de um outro caso exposto ao Provedor de Justiça – esse ocorrido ao balcão de um Serviço de Finanças – foi oportunamente dirigido ao Director-Geral dos Impostos o ofício de que me permito anexar cópia, para conhecimento de V. Ex.^a.

Em resposta, foi enviado a este órgão do Estado o ofício de 26.01.2004, do Gabinete do Director-Geral, de que também anexo cópia, bem como da informação que o acompanhou, da Directora de Serviços do Centro de Formação da DGCI.

Permito-me dar como certo que também V. Ex.^a partilha as preocupações expressas nos documentos anexos quanto à importância da formação dos funcionários na prevenção de casos como o que levou o contribuinte supra identificado a concluir que foi incorrectamente informado quando se dirigiu aos serviços de atendimento telefónico do IRS.

Não posso, por isso, deixar de solicitar a V. Ex.^a que desenvolva todos os esforços possíveis para que o serviço prestado através daquela linha telefónica seja paulatinamente melhorado – desde logo investindo na formação contínua e específica dos funcionários encarregues do atendimento – , assim se criando condições para o reforço da confiança dos contribuintes nos serviços e para um atendimento que seja, a um tempo, desburocratizado, rigoroso e eficiente.

Por nada poder ser diligenciado relativamente ao caso concreto objecto de queixa, determinei nesta data o arquivamento do processo em referência.

A horizontal band across the middle of the page. The top portion features a grayscale image of a landscape with a winding path or road. The bottom portion is a solid dark gray rectangle.

2.3.

Assuntos sociais:
trabalho, segurança
social, saúde,
habitação social

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 2004 verificou-se um acréscimo significativo do número de queixas dirigidas ao Provedor de Justiça sobre questões relativas à intervenção desta Área da Assessoria. Efectivamente, o volume de processos organizados para instrução nesta Área cresceu cerca de 35%. Porém, não se encontra um fundamento especial que justifique este acréscimo, pois no que se refere à tipologia das novas queixas pode concluir-se que não houve alterações significativas face ao ano anterior.

2. No quadro I apresenta-se a distribuição das queixas por grandes grupos de matérias:

QUADRO I

SEGURANÇA SOCIAL 76%	Regimes da Segurança Social	58%
	Regimes de Protecção Social da Função Pública	35%
	Acidentes de trabalho e acidentes em serviço	6%
	Outros	1%
SAÚDE 15%	Serviço Nacional de Saúde	66%
	Subsistemas	34%
HABITAÇÃO SOCIAL 2%	—————	
OUTROS 1%	—————	



No quadro II apresenta-se em detalhe os dois maiores agregados de queixas (*Segurança Social e Saúde*):

QUADRO II

SEGURANÇA SOCIAL (76%)	Regimes da Segurança Social (58%)	Pensões de velhice (24%), de invalidez (8%) e de sobrevivência (9%)	41%
		Subsídios de desemprego (21%), de doença (7%) e de maternidade (2%)	30%
		Rendimento Social de Inserção e Acção Social	8%
		Prestações familiares (p.e., abono de família)	4%
		Outros (inscrição, contribuições, dívidas à segurança social, apoio judiciário, etc.)	17%
	Regimes de Protecção Social da Função Pública (35%)	Aposentação por velhice	75%
		Aposentação por invalidez	15%
		Prestações por morte	3%
		Outras pensões (preço de sangue, serviços relevantes, etc.) e outras prestações	7%
SAÚDE (15%)	Serviço Nacional de Saúde (SNS) (66%)	Organização e funcionamento do SNS	38%
		Negligência médica	20%
		Atraso na prestação de cuidados de saúde	13%
		Taxas moderadoras (3,4%) e medicamentos (4,6%)	8%
		Outros (atendimento em estabelecimentos de saúde, transporte de doentes, etc.)	21%
	Subsistemas (34%)	ADSE, ADME, ADMG, SSMJ, etc.	

3. Em face dos quadros que antecedem pode concluir-se que:

a. O agregado de queixas sobre *Segurança Social* continuou a ser este ano o mais representativo na Área, ascendendo a **76%**. Verifica-se um

crescimento significativo deste tipo de queixas: mais 5% do que em 2003 e mais 10% do que em 2002. Destes, **58%** dizem respeito a matérias dos *Regimes da Segurança Social*: reclamações maioritariamente relacionadas com pensões de velhice (24%), de invalidez (8%) e de sobrevivência (9%), com subsídios de desemprego (21%), de doença (7%) e de maternidade (2%) e com o rendimento social de inserção e a acção social (8%) e **35%** relativas a questões dos *Regimes de Protecção Social da Função Pública* [queixas na sua esmagadora maioria relacionadas com aposentações por velhice (75%) e por invalidez (15%), prestações por morte (3%) e outras pensões (preço de sangue, serviços relevantes, etc.) e outras prestações (7%)].

b. As queixas sobre *Saúde* representaram **15%** do peso total das queixas na Área, dos quais **66%** incidiram sobre questões relacionadas com o *Serviço Nacional de Saúde* – designadamente, organização e funcionamento do SNS (38%), negligência médica (20%), atraso na prestação de cuidados de saúde (13%), taxas moderadoras (3,4%), medicamentos (4,6%) – e **34%** com os *Subsistemas de Saúde* (ADSE, ADMG, ADME, SSMJ, etc.), o que representa um acréscimo significativo face ao ano anterior que se fixou em 17%.

c. Os restantes agregados de queixas mantiveram-se igualmente dentro dos valores registados nos anos anteriores: *Direito do Trabalho* (6%) e *Habituação Social* (2%).

4. Importa referir que no ano de 2004 foram abertos e distribuídos a esta Área da Assessoria cinco processos por iniciativa do Provedor de Justiça para apreciação, respectivamente: (a) da situação de uma cidadã imigrante, em situação irregular e gravemente doente, a quem vinha sendo negado o acesso aos cuidados de saúde do Serviço Nacional de Saúde; (b) da actualização das tabelas de comparticipação do Serviço Nacional de Saúde; (c) da actuação da ADSE relativamente à emissão e envio de cartões de beneficiário a utentes já falecidos há muitos anos; (d) da actuação dos Serviços da Segurança Social ao decidirem fazer cessar o pagamento da pensão social de invalidez a um beneficiário; (e) realização de visitas inspectivas a alguns centros de saúde da região do Oeste (Caldas da Rainha, Óbidos, Peniche e Bombarral), ao Hospital de Santo André, SA, e ao Centro Hospitalar das Caldas da Rainha, com vista à avaliação do acesso dos utentes daqueles centros de saúde às consultas hospitalares. Mais adiante, neste *Relatório*, se dará a conhecer com mais detalhe as intervenções realizadas pela Provedoria de

Justiça no tratamento das questões objecto destes processos (vd. ponto VI desta *introdução*).

5. De igual modo, realizaram-se algumas *visitas inspectivas* que incidiram, respectivamente, sobre o Serviço de Aprovisionamento do Hospital de Santa Maria (avaliação dos processos de atribuição de *ajudas técnicas*), os centros de saúde das Caldas da Rainha, Óbidos, Peniche e Bombarral, o Hospital de Santo André, SA e o Centro Hospitalar das Caldas da Rainha (acesso dos utentes dos centros de saúde da região do Oeste às consultas hospitalares de especialidade, sobretudo à consulta de urologia). Mais adiante, neste *Relatório*, será dado conhecimento detalhado do âmbito e dos resultados destas *visitas*.

6. No que concerne à actuação desta Área da Assessoria importa tecer algumas considerações:

a. Por um lado, verifica-se que aproximadamente **66% das queixas entradas na Área em 2004 foram instruídas e concluídas ainda no decurso do próprio ano**. Este resultado não pode deixar de ser considerado bastante positivo, tanto mais que esta Área se viu confrontada, por um lado, com o acréscimo significativo de queixas novas (+ 35% face ao ano anterior) e, por outro lado, com as ausências temporárias de três assessoras por motivo de licença por maternidade. Justifica-se, por isso, realçar o enorme esforço empreendido por todos os colaboradores desta Área da Assessoria para que fosse possível alcançar aquele e outros resultados de que, nomeadamente, se dá conta neste *Relatório*.

b. No que concerne ao tipo de instrução dos processos, importa referir que continuou a privilegiar-se, sempre que possível, uma instrução informal e/ou desburocratizada, mediante o recurso a vias expeditas de auscultação das entidades visadas (contacto telefónico, telecópia e correio electrónico). Esta actuação tem sido possível, nomeadamente, junto dos centros distritais de segurança social, do Centro Nacional de Pensões e da Caixa Geral de Aposentações, entidades estas que, afinal, são as mais visadas nas queixas distribuídas a esta Área da Assessoria. Este tipo de actuação instrutória permite, sem dúvida, uma mais célere e eficaz obtenção de esclarecimentos e documentos necessários ao bom enquadramento, de facto e de direito, da reclamação, uma vez que permite um, normalmente, fácil acesso ao(s) técnico(s) que na(s) entidade(s) visada(s) têm (ou tiveram) a seu cargo a responsabilidade do proce-

dimento administrativo reclamado. De um modo geral, pode dizer-se que este tipo de intervenção tem permitido resolver satisfatoriamente as pretensões de muitos dos reclamantes. Ou, em outros casos, perante a confirmação da falta de fundamento da queixa, permite que a elucidação ao reclamante seja também ela célere e fundamentada, pacificando-se, assim, na maior parte das situações, a relação entre os administrados (reclamantes) e a Administração. De qualquer modo, a experiência neste tipo de instrução vem demonstrando, sobretudo, que se evita a morosidade inerente a uma troca de correspondência, tantas e quantas vezes infrutífera em tempo útil. Ou, na eventualidade de se demonstrar necessária uma auscultação formal da Administração, ou a formulação de sugestão, reparo ou recomendação, o certo é que uma prévia instrução informal expedita permitirá, em alguns casos, a recolha de elementos que, seguramente, melhor permitirão enquadrar a subsequente tomada de posição da Provedoria de Justiça. Por fim, importa salientar que uma parte significativa das queixas entradas nesta Área reveste natureza social emergente, exigindo, por maioria de razão, um tratamento expedito para que o efeito útil pretendido e o direito social preterido sejam devida e oportunamente acautelados. Efectivamente, quando se está perante queixas sobre o acesso aos subsídios de desemprego, maternidade ou doença, ao abono de família, ao rendimento social de inserção, a pensões (nomeadamente, sociais) de invalidez ou velhice, facilmente se compreenderá que estamos perante situações de emergência social que se prendem, muitas vezes, com a própria subsistência económica imediata dos reclamantes e dos respectivos agregados familiares. Assim sendo, a eficácia da intervenção da Provedoria de Justiça resulta da celeridade que esta possa imprimir à instrução dos processos, por forma a que, sendo caso disso, os reclamantes acedam às prestações reclamadas ou que, não se confirmando qualquer irregularidade nos actos praticados pela Administração, os reclamantes possam aceder aos esclarecimentos que lhes permitam compreender a falta de fundamento das respectivas pretensões.

c. A instrução dos processos na Área pode não ficar circunscrita apenas ao esclarecimento e resolução da situação individual e concreta do reclamante. Efectivamente, sempre que tal se justifica, a instrução do processo poderá prosseguir, alargando-se o seu âmbito, por forma a que a Administração aplique procedimento idêntico a outras situações similares à do reclamante. Ou, em outros casos, partindo embora das queixas individuais, o Provedor de Justiça entende como adequada e justa a alteração da lei, por forma

a que melhor se acautelem determinados direitos sociais, pelo que sugere ou recomenda ao Governo a adopção de medida(s) legislativa(s) nesse sentido. A título de exemplo, refiram-se os contributos da Provedoria de Justiça no âmbito dos processos de revisão dos regimes jurídicos, respectivamente, das *prestações de desemprego* e das *prestações por morte* e acolhidos pela Direcção-Geral de Segurança Social nos respectivos projectos de decretos-leis (vd., em mais detalhe, estas intervenções no ponto 11 desta *introdução*). Efectivamente, através das várias reclamações que lhe chegam, o Provedor de Justiça acaba por ter uma visão privilegiada que lhe permite uma actuação muito para além do simples tratamento do caso individual e concreto, podendo a sua intervenção promover o aperfeiçoamento da lei ou dos procedimentos administrativos.

II – Segurança Social

7. 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*.

8. 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 segurança social (sobretudo, os de Lisboa, Porto, Setúbal, Leiria, Coimbra, Braga e Viana do Castelo), todos integrados no Instituto da Segurança Social, IP (ISS).

9. Quanto ao objecto, as reclamações, neste domínio dos *Regimes da Segurança Social*, não apresentaram diferenças 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, comissões de verificação de incapacidades); montante e forma de cálculo (carreira contributiva, remunerações, rendimentos); acumulação com outras prestações ou com

rendimentos do trabalho; revogação, suspensão e restituição de prestações indevidas;

d) à *acção social*: alojamento e auxílio social.

10. A instrução dos processos permitiu concluir que se mantiveram em 2004 alguns 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 da Segurança Social, IP (os CDSS entre si e com o CNP e estes com os serviços centrais ou regionais do referido Instituto), mas, também, em alguns casos, no relacionamento dos Serviços do Instituto da Segurança Social, IP com o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, IP e com a Inspeccção-Geral do Ministério de Segurança Social, da Família e da Criança ⁹⁹.

No que concerne aos principais obstáculos com que os beneficiários da Segurança Social são confrontados e que a instrução dos processos permitiu identificar, importa referir que muitos deles não são novos. A título meramente exemplificativo, refere-se:

a. O *direito à informação* consagrado na Lei de Bases da Segurança Social é reiteradamente negligenciado pelos diferentes Serviços do Instituto da Segurança Social, IP, sobretudo, por parte dos centros distritais de segurança social e pelo Centro Nacional de Pensões. Efectivamente, verifica-se que a correspondência (*maxime*, as notificações de indeferimento de prestações sociais) dirigida aos beneficiários não acautela minimamente o *direito à informação* que a lei expressamente lhes reconhece ¹⁰⁰. A este propósito, a Provedoria de

⁹⁹ Denominação resultante da orgânica do XVI Governo Constitucional, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2004, de 3 de Setembro.

¹⁰⁰ Ao beneficiário é reconhecido o direito à informação adequada sobre os seus direitos e obrigações. Tal resulta directamente no artigo 74.º da actual Lei de Bases da Segurança Social, Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro, do próprio princípio da informação que rege o sistema de segurança social, e através dos deveres de informação que sobre o Estado em geral impendem, consagrados designadamente nas atribuições e competências legalmente fixadas no âmbito dos Estatutos do Instituto de Segurança Social, IP. Com efeito, nos termos do disposto no artigo 4.º dos respectivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, uma das atribuições do ISS, IP é *promover a divulgação da informação e as acções adequadas ao exercício do direito de informação e de reclamação dos interessados, bem como a dignificação da imagem do sistema de solidariedade e segurança social*, a qual é desenvol-

Justiça não deixou de formular reparos e sugestões ao Centro Nacional de Pensões e ao Conselho Directivo do ISS, IP sobre o assunto.

Na sequência desta intervenção, o CNP veio comunicar que iria ser efectuada uma avaliação de todos os modelos de ofícios que comunicam o indeferimento das pensões, no sentido de passarem a incluir informação sobre outros direitos e garantias que o Sistema de Segurança Social pode facultar. Posteriormente, o Conselho Directivo do ISS, IP veio manifestar a sua preocupação quanto à questão do direito à informação e o seu empenhamento em garantir o devido cumprimento daquela obrigação legal, tendo comunicado que fora criado um grupo de trabalho com o objectivo de propor novos meios de actuação internos e externos nesta matéria.

b. **Deficiente funcionamento do *Banco Nacional de Dados de Beneficiários e Utentes***¹⁰¹, nomeadamente, atrasos no registo de remunerações na base de dados e imprecisões no registo das carreiras contributivas dos beneficiários. Durante o ano de 2004 continuaram a sentir-se os efeitos deste problema, ou seja, atrasos e, por vezes, mesmo, incorrecções nos processos de atribuição de subsídios por parte dos diferentes centros distritais de segurança social (desemprego, doença, maternidade, etc.) ou de pensões por parte do Centro Nacional de Pensões (invalidez ou velhice)¹⁰².

c. Insuficiente articulação (quer ao nível da comunicação, quer ao nível da decisão) entre o CNP e os diferentes centros distritais de segurança social e entre estes últimos e os Serviços de Fiscalização da Segurança Social na identificação e intervenção junto de empresas contribuintes faltosas.

vida pelos seus diversos serviços, aos quais compete, neste particular, promover a melhoria do conhecimento dos direitos por parte dos seus titulares e da qualidade dos serviços prestados junto dos cidadãos.

¹⁰¹ Cujá criação e funcionamento se encontra prevista nas sucessivas Leis de Bases da Segurança Social [Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto – artigo 91.º, alínea b) – e Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro – artigo 119.º, alínea c)].

¹⁰² Da instrução de alguns processos é possível concluir que não existe, até à data, um controlo informático integrado e 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 de uma prestação social. Verifica-se que, na ausência de uma informatização integrada e adequada, não poucas vezes os Serviços de Segurança Social acabam por atrasar a atribuição da prestação social requerida ou a atribuí-la em montante inferior ao devido ou mesmo a atribuir uma prestação social totalmente indevida.

d. **Atrasos significativos do Centro Nacional de Pensões no recálculo das pensões resultante dos acréscimos a que os pensionistas legalmente têm direito pelo exercício de actividade profissional remunerada** (aplicação do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro). A este propósito, o Provedor de Justiça formulou oportunamente *reparos* ao CNP e ao Conselho Directivo do ISS, IP no âmbito dos processos R-22/04 e R-4500/04. Os referidos *reparos* encontram-se publicados, mais adiante, neste Relatório.

e. **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.

f. **Falta de fundamentação das deliberações das comissões de verificação de incapacidade temporária (CVIT) e permanente (CVIP)**. Reconhecendo embora que os actos médicos de peritagem são produzidos no âmbito da discricionariedade e independência técnica que legalmente é reconhecida e garantida aos peritos médicos do Sistema de Verificação de Incapacidades (SVI) para a sua actuação – e, por isso, a apreciação do seu sentido e do seu mérito não cabe dentro das competências do Provedor de Justiça, excepto nos casos de erro grave ou manifesto –, o certo é que a falta de fundamentação das respectivas deliberações constitui uma violação da lei na própria elaboração e produção do acto médico, pelo que, não estando em causa a discricionariedade mas, sim, a sua ilegalidade manifesta, a Provedoria de Justiça não ficou indiferente e formulou uma especial chamada de atenção ao ISS, IP sobre o assunto ¹⁰³. Em resposta, veio o Instituto da Segurança Social, IP comunicar que havia solicitado a todos os centros distritais de segurança social informação sobre as medidas adoptadas para cumprimento da Orientação

¹⁰³ Faz-se notar que na sequência de intervenções da Provedoria de Justiça ocorridas em anos anteriores sobre este problema da fundamentação das deliberações das comissões de verificação de incapacidades, o ISS, IP veio a emitir, em 4.08.2003, a Orientação Técnica n.º 11/2003, no sentido de os peritos médicos deverem, acima de tudo, fundamentar sempre todas as deliberações, nomeadamente e de modo mais pormenorizado, aquelas em que concluírem pela aptidão para o trabalho. Tal Orientação Técnica apontava, aliás, alguns critérios e regras, visando a uniformidade da actuação dos serviços de verificação de incapacidades dos diferentes centros distritais de segurança social.

Técnica n.º 11/2003 relativa à fundamentação das deliberações dos SVI. A Provedoria de Justiça continua a acompanhar este assunto.

g. 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 CDSS.

h. **Atrasos dos centros distritais de segurança social na apreciação e decisão dos processos relativos à atribuição do rendimento social de inserção** (RSI). Foi possível apurar que tais atrasos resultaram, em certa medida, das alterações legislativas verificadas a propósito deste tipo de prestação social. Efectivamente, a Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, revogou o regime jurídico da prestação do *rendimento mínimo garantido* (RMG) e criou, em sua substituição, a prestação do *rendimento social de inserção* cuja atribuição passou a estar condicionada por várias regras novas. Porém, a respectiva regulamentação só veio a ser publicada em 8 de Novembro de 2003, através do Decreto-Lei n.º 283/2003. Por outro lado, os muitos requerimentos novos entretanto apresentados ao abrigo do RSI e a necessidade de se proceder à reavaliação das situações dos beneficiários do extinto RMG à luz dos requisitos instituídos para a nova prestação social, contribuíram igualmente para o atraso verificado. A Provedoria de Justiça continua a acompanhar a situação.

i. Falta de articulação entre o Instituto de Emprego e Formação Profissional, IP (concretamente, os seus centros de emprego) e o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) relativamente ao acesso ao direito ao **subsídio de desemprego**. A este propósito, e no âmbito de um processo aberto neste órgão do Estado (R-3153/03), foi possível resolver o problema com que foram confrontados os **trabalhadores estrangeiros que viam ser-lhes recusada pelos centros de emprego a inscrição como desempregados durante a pendência dos respectivos processos de prorrogação ou renovação dos títulos de autorização de permanência ou de residência, o que impedia que os mesmos requeressem e acedessem às prestações de desemprego** junto dos centros distritais de segurança social. Efectivamente, após intervenções decisivas da Provedoria de Justiça junto do Instituto de Emprego e Formação Profissional (IEFP) e do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), o Conselho Directivo do IEFP emitiu uma orientação para todos os seus centros de emprego, no sentido de estes passarem a aceitar a inscrição dos cidadãos estrangeiros desempregados portadores dos comprovantes de que

os respectivos processos de autorização de permanência/residência se encontram em fase de prorrogação/renovação junto do SEF, podendo, desta forma, aceder às prestações de desemprego, desde que reunidas as demais condições de atribuição. Apesar do acolhimento que o assunto mereceu por parte do SEF e da tomada de posição do IEFP que permitiu resolver em termos gerais e para o futuro este tipo de situações, a instrução do processo prosseguiu na Provedoria de Justiça, com vista à resolução dos casos concretos oportunamente reclamados junto deste órgão do Estado, o que também se conseguiu.

j. Falta de articulação entre o Instituto da Segurança Social, IP (concretamente, os centros distritais de segurança social) e o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) relativamente ao **acesso às prestações familiares (abono de família) e de solidariedade (rendimento social de inserção) por parte de cidadãos estrangeiros portadores do título de *autorização de permanência em território nacional* ou detentores de recibo emitido pelo SEF do requerimento de renovação ou de prorrogação desse título.** Efectivamente, na sequência de uma série de iniciativas promovidas pelo Provedor de Justiça junto de diversas associações de imigrantes, com vista a aferir da integração dos seus representados em Portugal e a inteirar-se dos problemas sentidos por tais cidadãos enquanto residentes em território nacional, foi possível apurar que os centros distritais de segurança social têm procedido ao indeferimento dos requerimentos apresentados pelos cidadãos estrangeiros portadores dos supra referidos títulos emitidos pelo SEF, exigindo, para o efeito do acesso a tais prestações sociais, que os interessados sejam portadores não de autorizações de permanência, mas sim de autorizações de residência. Assim, com vista à apreciação deste problema, foi aberto um processo na Provedoria de Justiça (R-4811/04) ao qual têm sido incorporadas as muitas queixas similares que entretanto foram recebidas. Procedeu-se de imediato à auscultação do Conselho Directivo do ISS, IP sobre o assunto que, porém, manteve a posição sustentada pelos seus centros distritais de segurança social. Em face disso, prevê-se que seja formulada uma *recomendação* do Provedor de Justiça ao XVII Governo Constitucional, entretanto empossado, no sentido de acautelar os direitos e legítimos interesses destes cidadãos estrangeiros injustamente discriminados.

11. Ainda no domínio do Sistema de Segurança Social, e tendo as próprias queixas recebidas como um importante instrumento de observação e

de avaliação do grau de adequação das leis aos fins que visam prosseguir, importa evidenciar que foram apresentados pela Provedoria de Justiça alguns contributos e/ou sugestões com vista à alteração dos regimes jurídicos, respectivamente, das **prestações de desemprego** (alterações ao Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril) e das **prestações por morte** (alterações ao Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro) ¹⁰⁴. Efectivamente, das várias queixas recebidas sobre a atribuição destas prestações sociais, foi possível identificar algumas situações de injustificada desprotecção social resultantes de falta de previsão legal. Com vista à adopção de medidas legislativas adequadas à resolução desse problema, a Provedoria de Justiça formulou algumas propostas junto da Secretaria de Estado da Segurança Social, tendo a Direcção-Geral da Segurança Social informado, posteriormente, que algumas das sugestões apresentadas haviam sido acolhidas nos respectivos projectos de diplomas legais, os quais, à data da elaboração deste Relatório, aguardavam a aprovação do XVII Governo Constitucional, recentemente empossado.

12. Ainda neste âmbito de propostas de alteração legislativa no domínio do Sistema de Segurança Social, justifica-se uma breve referência para o Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro, que veio estabelecer um novo regime jurídico de protecção social na eventualidade doença e cujo artigo 18.º, n.º 2 (que fixa um cálculo especial da remuneração de referência para acesso ao subsídio de doença) veio acolher uma já antiga sugestão do Provedor de Justiça, formulada no âmbito do processo P-17/98 e que visava acautelar, nomeadamente, a situação dos trabalhadores que transitavam do sector público para o sector privado – mudando, por isso, de regimes de protecção social – e que, entretanto, se viam confrontados com situações de doença ou de maternidade, sem que pudessem beneficiar de protecção social adequada.

13. No âmbito dos *Regimes de Protecção Social da Função Pública*, a Caixa Geral de Aposentações continuou a ser objecto de um número significativo de queixas cuja instrução permitiu evidenciar alguns problemas com

¹⁰⁴ Para o efeito, foram abertos dois processos na Provedoria de Justiça. Assim, a apreciação e a formulação das propostas de alteração aos regimes jurídicos das prestações de desemprego e das prestações por morte foram tratadas, respectivamente, no âmbito dos processos R-3600/03 e R-3479/03.

que os subscritores e aposentados são confrontados. A título meramente exemplificativo, refere-se:

a. Atrasos significativos verificados na atribuição das pensões de aposentação.

b. Deficiências e atrasos na articulação entre a Caixa Geral de Aposentações (CGA) e o Centro Nacional de Pensões no âmbito dos processos de atribuição das pensões unificadas.

c. Atraso na prestação de informações aos subscritores e aposentados que se dirigem à CGA, verificando-se também situações de respostas insuficientes ou deficientes ou mesmo a ausência de resposta às exposições dos interessados.

d. Atraso – ou mesmo recusa – da CGA na publicação das listas de aposentados no Diário da República nas situações em que os serviços ou entidades a que pertenciam os interessados apresentem dívidas àquela Caixa (incumprimento, por parte da CGA, do disposto no artigo 100.º, n.º 1, do Estatuto da Aposentação – Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro). Ou seja, os interessados são desligados do serviço, ficando a aguardar a aposentação e a receber *pensão transitória de aposentação* paga pelo respectivo serviço, situação que acaba por se arrastar por tempo indeterminado, contrariando também o disposto no artigo 99.º do Estatuto da Aposentação. Na prática, com o protelar da publicação das listas de aposentados, a CGA pretende evitar o encargo do pagamento das pensões de aposentação que, em circunstâncias normais, ficaria a seu cargo logo que publicada no Diário da República a referida lista de aposentados. Com este expediente, a CGA acaba por proceder a uma “*compensação*” de créditos e débitos, uma vez que deixa de pagar as pensões de aposentação, fazendo recair essa obrigação sobre os serviços e entidades devedoras que, por isso, se vêm na contingência de continuarem a pagar, por tempo indeterminado, as denominadas *pensões transitórias de aposentação*. O processo na Provedoria de Justiça continua em instrução para acompanhamento e resolução do problema.

e. Deficiente ou insuficiente fundamentação das deliberações das *juntas médicas* e das *juntas de revisão* no âmbito dos processos de aposentação por invalidez.

14. Ainda no que respeita aos *Regimes de Protecção Social da Função Pública*, importa fazer uma breve referência às intervenções da Provedo-

ria de Justiça, na sequência das muitas queixas sobre a revogação do Decreto-Lei n.º 116/85, de 19 de Abril, pelo art. 9.º da Lei n.º 32-B//2002, de 30/12, ripristinado por força 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), 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) até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 1/2004, de 15 de Janeiro, que procedeu à revogação do aludido Decreto-Lei n.º 116/85. Esta sucessão de regimes jurídicos, em vigor num curto espaço de tempo, determinou, por um lado, atrasos significativos da CGA na apreciação e decisão dos requerimentos para a aposentação ali entrados e, por outro lado, muitas queixas relativas a esses atrasos, mas, também e sobretudo, muitas queixas sobre as decisões de indeferimento das aposentações tomadas pela CGA com fundamento no Despacho da Ministra de Estado e das Finanças (Despacho n.º 867/03/MEF, de 5 de Agosto) ¹⁰⁵, entendidas pelos reclamantes como ilegais. Quanto aos atrasos da CGA na apreciação dos processos de aposentação (que ascenderam a cerca de onze meses), o Provedor de Justiça formulou uma especial chamada de atenção à Ministra de Estado e das Finanças, na sequência da qual se veio a verificar uma maior celeridade na conclusão dos processos de aposentação por parte daquela Caixa. No que concerne à questão da legalidade do referido Despacho n.º 867/03/MEF, de 5 de Agosto, o Provedor de Justiça, no âmbito de um reparo final, fez saber à Ministra de Estado e das Finanças que tal Despacho correspondia a uma linha de orientação que, em termos substanciais, não lhe parecia ser de rejeitar, mas que continha vícios de natureza formal que dariam origem, provavelmente, a muitos *recursos contenciosos* (as, actualmente, designadas *acções administrativas especiais*), mormente em relação a requerimentos de aposentação provenientes da Administração Regional e Local, a respeito dos quais os poderes de tutela e orientação daquele Ministério sobre a Caixa Geral de Aposentações seriam legalmente discutíveis. O processo na Provedoria de Justiça (R-3905/03) foi, entretanto, arquivado, uma vez esgotadas as possibilidades de intervenção do Provedor de Justiça. Mais

¹⁰⁵ Este Despacho veio estabelecer várias condições para a aferição do conceito de inexistência de “prejuízo para o serviço” para efeitos da aposentação ao abrigo do aludido Decreto-Lei n.º 116/85, de 19 de Abril, impondo à CGA a devolução aos Serviços de todos os processos que não preenchessem tais condições.

adiante, neste Relatório, dar-se-á conhecimento mais detalhado sobre as várias intervenções deste órgão do Estado a propósito deste assunto.

15. Por fim, quanto ao agregado de queixas relativas à Segurança Social, importa também referir três outros assuntos diversos que foram objecto de intervenções por parte do Provedor de Justiça:

a. Uma, a propósito do **regime jurídico da prestação do serviço militar obrigatório pelos antigos combatentes, para efeitos de aposentação ou reforma** ¹⁰⁶. Considerando que a Lei n.º 9/2002, de 11 de Fevereiro, para além de carecer de regulamentação, não acautelava as situações de todos os antigos combatentes em igualdade de circunstâncias (nomeadamente, dos emigrantes, advogados, solicitadores e bancários), o Provedor de Justiça entendeu continuar a acompanhar estas questões, insistindo pela sua rápida resolução. Foi entretanto publicada a Lei n.º 21/2004, de 5 de Junho, que pretendeu alargar o âmbito de aplicação pessoal da Lei n.º 9/2002 aos emigrantes, mas deixando ainda por acautelar as situações de outros antigos combatentes. Posteriormente, foi publicado o Decreto-Lei n.º 160/2004, de 2 de Julho, que visou regulamentar a Lei n.º 9/2002, para efeitos de atribuição, consoante os casos, de um *complemento especial de pensão* ou de um *acréscimo vitalício de pensão*. No final do ano de 2004, a Provedoria de Justiça endereçou algumas sugestões legislativas ao Secretário de Estado da Defesa e dos Antigos Combatentes, visando que todos os antigos combatentes, independentemente do regime de protecção social pelo qual se encontrassem abrangidos, pudessem aceder aos benefícios consagrados na Lei n.º 9/2002, desse modo se salvaguardando o princípio constitucional da igualdade. Nesse sentido, chamou-se a especial atenção para a necessidade, respectivamente, do alargamento do âmbito de aplicação pessoal da Lei n.º 9/2002, de 11 de Fevereiro, e de se proceder à regulamentação da Lei n.º 21/2004, de 5 de Junho. Mais foi sugerido que, mediante a adopção de medida legislativa adequada, os antigos combatentes que não tiveram a oportunidade de apresentar os respec-

¹⁰⁶ No *Relatório à Assembleia da República 2002*, págs. 427 a 429, deu-se detalhado conhecimento das sucessivas tomadas de posição do Provedor de Justiça com vista à adopção de medida legislativa adequada a acautelar a relevância do tempo de serviço militar obrigatório (e respectivas bonificações) prestado pelos ex-combatentes e que levou à publicação da Lei n.º 9/2002, de 11 de Fevereiro.

tivos requerimentos para acesso aos benefícios daquela Lei ¹⁰⁷ pudessem vir a apresentar os respectivos requerimentos, sem dependência de prazo, atenta a natureza do direito que o Estado-legislador pretendeu especialmente proteger com a Lei n.º 9/2002. O processo na Provedoria de Justiça (R-3050/04) aguarda a decisão final do novo titular da pasta da Defesa do XVII Governo Constitucional.

b. Outra, relativa ao problema dos **atrasos excessivos quer na marcação e realização de diligências médicas no âmbito dos processos de invalidez ou de qualificação como deficiente das forças armadas (DFA)**, quer na apreciação dos processos de qualificação como DFA pelo Departamento de Assuntos Jurídicos (DeJur) do Ministério da Defesa Nacional. Efectivamente, na sequência de várias queixas recebidas e instruídas nos últimos anos, foi possível apurar a existência de graves problemas na tramitação destes processos, numa primeira fase, de avaliação clínica por parte dos serviços médicos dos diferentes ramos das forças armadas e, numa segunda fase, de avaliação jurídica e decisão final por parte do DeJur e da Tutela. Em ambas as situações se apurou que o problema se ficava a dever ao aumento significativo do número de processos, não acompanhado por uma adequada e tempestiva resposta por parte dos serviços responsáveis, alegadamente por insuficiência de recursos humanos especializados (respectivamente, médicos, enfermeiros e juristas). Em face disto, o Provedor de Justiça formulou uma especial *chamada de atenção* ao Ministro de Estado e da Defesa Nacional em Maio de 2003, no sentido de serem adoptadas medidas adequadas e oportunas que permitissem resolver os problemas identificados. Em Setembro desse mesmo ano, o Ministro visado fez notar as dificuldades sentidas, nomeadamente, no recrutamento de pessoal médico e de enfermagem, atento o escasso número disponível destes profissionais. Invocou ainda que existiam restrições à contratação de pessoal para os serviços públicos. De qualquer modo, não deixou de referir que iriam ser adoptadas medidas e procedimentos para enfrentar os problemas denunciados. Em face destes esclarecimentos, a Provedoria de Justiça manteve o acompanhamento da questão com vista a avaliar

¹⁰⁷ Faz-se notar que, por força do Decreto-Lei n.º 303/2002, de 13 de Dezembro, o prazo para a apresentação dos requerimentos em causa caducou em 31 de Dezembro de 2002, tendo sido consequentemente indeferidos os pedidos formulados em data posterior àquela.

a evolução do assunto no Ministério visado. Volvido um ano, o Provedor de Justiça insistiu novamente junto do Ministro de Estado e da Defesa Nacional, visando conhecer o resultado das diligências entretanto realizadas pelo Ministério em causa. Foi possível apurar que haviam sido contratados, entretanto, 30 novos profissionais de saúde para os vários ramos das forças armadas (prevenindo-se a ocorrência de outras contratações) e que o DeJur iniciara a recuperação dos processos pendentes, mediante a contratação de uma jurista. A Provedoria de Justiça continuará a acompanhar este assunto junto do XVII Governo Constitucional.

c. Por fim, a propósito do **atraso verificado na atribuição de ajudas técnicas** a um doente vítima de *esclerose lateral amiotrófica* (doença de evolução rápida e altamente incapacitante) a ser seguido na consulta de Medicina Física e de Reabilitação do Hospital de Santa Maria (HSM), foi determinada a abertura do processo na Provedoria de Justiça (R-3645/03). O doente reclamava do facto de aguardar há alguns meses a satisfação de um pedido de atribuição de ajudas técnicas, em concreto, de uma cadeira de rodas, de uma cama articulada e de uma cadeira para banho. O caso concreto do interessado veio a ser resolvido, após intervenção decisiva da Provedoria de Justiça. De qualquer modo, foi decidido que a instrução do processo na Provedoria de Justiça não ficaria circunscrita apenas ao tratamento do caso individual e concreto, mas prosseguiria para a avaliação dos atrasos verificados em geral na atribuição deste tipo de *ajudas técnicas*, uma vez que se apurara junto do Serviço de Medicina Física e de Reabilitação do HSM a existência de disfunções várias ao nível da concessão das ajudas técnicas e que existiriam pedidos reportados aos anos de 1999, 2000, 2001 e 2002 ainda por satisfazer. Para o efeito, realizou-se uma **visita inspectiva** ao Serviço de Aprovisionamento do HSM, tendo sido analisados os procedimentos seguidos nos últimos três anos para a aquisição deste tipo de equipamentos; verificados todos os concursos públicos, procedimentos de ajuste prévio e de consulta prévia lançados para o efeito e apurados os períodos de tempo que mediaram entre a data da prescrição de determinada ajuda técnica e a data em que a mesma veio a ser entregue ao doente. A intervenção da Provedoria de Justiça contribuiu para que o serviço em causa promovesse a remoção dos atrasos existentes e adoptasse procedimentos mais céleres e eficazes na atribuição das referidas *ajudas técnicas*. No *Relatório à Assembleia da República* do próximo ano se dará conta mais

detalhada do desenvolvimento e resultados alcançados com a instrução deste processo.

III – Saúde

16. As queixas, neste domínio, representaram o segundo maior agregado na Área (15%), 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 Inspeção-Geral de Saúde, a Direção-Geral da Saúde e a Ordem dos Médicos.

Neste domínio, as reclamações continuaram a incidir este ano essencialmente sobre:

- a. acesso a cuidados médicos: atrasos na realização de intervenções cirúrgicas e de consultas hospitalares; 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.

17. A título meramente exemplificativo, identificam-se seguidamente algumas das intervenções do Provedor de Justiça no domínio da Saúde:

- a. Alargamento dos benefícios concedidos aos cidadãos vítimas da doença de Crohn e colite ulcerosa. Na sequência da intervenção do Provedor de Justiça junto do Ministério da Saúde ¹⁰⁸, foi publicado o Despacho n.º 15399/2004 (2.ª Série), de 2 de Julho, que estabeleceu a comparticipação dos medicamentos destinados ao tratamento da doença inflamatória intestinal pelo escalão A, ou seja, em regime de comparticipação a 100%. O processo

¹⁰⁸ Descrita no *Relatório à Assembleia da República 2003*, págs. 465-466.

(R-5708/01) foi arquivado na Provedoria de Justiça, uma vez que ficaram devidamente acautelados os interesses destes doentes crónicos.

b. Actuação preventiva do Provedor de Justiça junto do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Alto Minho, SA ¹⁰⁹, considerando a anunciada contratualização de serviços entre aquele estabelecimento hospitalar – integrado no Serviço Nacional de Saúde (SNS) – e outras entidades (seguradoras ou subsistemas de saúde), com vista a que os beneficiários dessas entidades pudessem aceder aos cuidados de saúde especializados daquele hospital em condições especiais. Foi formulada uma especial chamada de atenção, no sentido de evitar qualquer discriminação dos utentes do SNS no acesso aos cuidados de saúde daquele hospital. Efectivamente, sustentou-se que a contratualização de serviços com terceiros deveria ser sempre acessória e que nunca poderiam ser postos em causa os direitos constitucionalmente consagrados de garantia de acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação [artigo 64.º, n.º 3, alínea *a*), da Constituição]. Neste contexto, os hospitais do SNS, independentemente da forma de gestão assumida, deveriam pautar a sua actuação pelos princípios referidos no artigo 6.º do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar (aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro): equidade de acesso dos utentes do SNS aos hospitais públicos, não permitindo qualquer tipo de discriminação.

c. Acções inspectivas realizadas aos centros de saúde das Caldas da Rainha, Óbidos, Peniche e Bombarral, ao Hospital de Santo André, SA e ao Centro Hospitalar das Caldas da Rainha, com vista a avaliar o acesso dos utentes dos centros de saúde da região do Oeste às consultas de especialidade dos hospitais. Sobre este assunto, vejam-se os esclarecimentos mais detalhados prestados supra (vd., infra, parte VI desta *introdução*).

d. Na sequência de queixas recebidas sobre o atraso da ADSE no processamento e pagamento dos *subsídios de acompanhante* e dos *complementos por dependência* previstos no Decreto-Lei n.º 173/2001, de 31 de Maio, foi auscultado o Director-Geral da Protecção Social aos Agentes e Funcionários da Administração Pública (ADSE) e, não totalmente conformado com os esclarecimentos prestados por esta entidade, o Provedor de Justiça sus-

¹⁰⁹ Intervenção esta registada no âmbito do processo com a referência R-86/04.

citou a intervenção do Secretário de Estado do Orçamento, considerando ser *“repreensível o incumprimento da lei por parte da Administração, sobretudo, quando é certo que estão em causa direitos sociais de natureza tão particularmente sensível cuja exequibilidade tem sido comprometida pela inércia da Administração e que determinou um atraso que ascende hoje a três anos”*, alertando para a necessidade de ser conferida máxima urgência ao processamento e pagamento das prestações em apreço. Em consequência desta diligência, o Secretário de Estado do Orçamento formulou o seguinte despacho: *“face aos antecedentes deste processo e à especial sensibilidade da matéria, determino que a ADSE inicie o pagamento destes subsídios impreterivelmente até ao final do mês de Novembro, sem prejuízo do cumprimento estrito das formalidades necessárias”*. Em face deste despacho e esclarecidos os reclamantes, o processo (R-463/04) foi arquivado na Provedoria de Justiça.

IV – Direito do Trabalho

18. Constitui o terceiro agregado de queixas na Área (6%), sendo que as reclamações mais recorrentes se reportam a violações, quer dos direitos dos trabalhadores por parte das respectivas entidades patronais (empresas privadas)¹¹⁰, 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 elevando número de processos de reestruturação empresarial que, no

¹¹⁰ 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 Inspeção das Condições de Trabalho (IDICT) ou, mais concretamente, a Inspeção-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.

período em apreço, se fizeram sentir. A este propósito registaram-se intervenções da Provedoria de Justiça junto da *NAV-Portugal EPE*, da *PT-Comunicações, SA*, da *RTP* e da *CARRIS* ¹¹¹, sendo certo que neste último caso se justificou a participação à Inspeção-Geral do Trabalho (IGT) para efeitos de eventual procedimento contra-ordenacional ¹¹².

20. A entrada em vigor da regulamentação do Código do Trabalho, constante da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, suscitou alguns problemas complexos e com repercussões de alguma gravidade, nomeadamente, quanto à *licença por maternidade*. Efectivamente, o seu artigo 68.º, n.º 1, veio consagrar o direito de as trabalhadoras optarem por uma licença por maternidade superior em 25% à prevista no n.º 1 do artigo 35.º do Código do Trabalho, ou seja, **o legislador consagrou o direito a 120 ou 150 dias de licença por maternidade, remetendo para a legislação da segurança social os montantes devidos a título de subsídio por maternidade**. Porém, esta norma (art. 68.º, n.º 1) da regulamentação do Código do Trabalho não foi acompanhada de qualquer alteração legislativa ao nível do subsídio por maternidade. Comprometida ficou, desde logo, a efectiva exequibilidade do direito de opção consagrado na referida norma. Em face disso, o Provedor de Justiça não deixou de formular chamadas de atenção, respectivamente, à Secretária de Estado Adjunta do Ministro da Segurança Social, da Família e da Criança e ao Secretário de Estado Adjunto e do Trabalho, no sentido de os alertar para **os problemas da aplicação da referida disposição legal e, sobretudo, para a urgência da publicação da legislação da segurança social que enquadrasse devidamente o problema da atribuição do subsídio por maternidade face ao direito de opção entretanto consagrado**. As duas entidades visadas responderam à Provedoria de Justiça, tendo sido aprovado em reunião do Conselho de Ministros de 27.01.2005 um projecto de decreto-lei sobre o assunto, o qual, porém, até à data da elaboração deste *Relatório* ainda não

¹¹¹ Estas questões foram tratadas no âmbito dos processos com as referências, respectivamente, R-508/04, R-3932/03, R-2675/03 e R-3044/03.

¹¹² Na sequência desta participação, a IGT informou a Provedoria de Justiça de que levantara o competente auto de notícia àquela empresa, uma vez que após as devidas averiguações concluiu ter havido violação, por parte da CARRIS, da obrigação de solicitação de parecer prévio à respectiva comissão de trabalhadores.

tinha sido publicado, pelo que se prevê que a Provedoria de Justiça proceda à auscultação urgente do XVII Governo Constitucional sobre o assunto.

21. Em face da relevância da matéria e dos resultados alcançados pela Provedoria de Justiça, importa fazer uma especial referência à conclusão do processo (R-177/03), relativo à actuação de algumas entidades integradas ou tuteladas pelo Instituto de Emprego e Formação Profissional (IEFP)¹¹³. Em causa estava a **violação do direito à reserva da intimidade da vida privada no acesso ao emprego e à formação profissional**, ao ser exigida a realização de testes de despistagem de doenças como VIH/SIDA, sífilis e hepatites B e C a candidatos na área da restauração. Em análise estavam dois tipos de questões. Por um lado, o facto de a exigência de tais exames médicos não estar a ser feita com “*o consentimento prévio e devidamente informado do candidato*”, já que a simples entrega ao candidato da requisição médica dos exames não é passível de consubstanciar, por si só, uma real consentimento prévio e informado do candidato. Só a informação devidamente fundamentada dada pelo médico ao paciente, de forma clara, antes ou no momento em que é preenchida a requisição, integra tal conceito. Por outro lado, e no que se refere à justificação adiantada pelo IEFP para a exigência dos exames no caso concreto, o fulcro da questão residia, justamente, em saber se o entendimento de que a manipulação de alimentos por indivíduos infectados por VIH, Hepatite B, Hepatite C ou Sífilis, podia representar um risco para a saúde pública, tinha, ou não, fundamento médico-científico. Em face dos pareceres solicitados aos Colégios da Especialidade da Ordem dos Médicos foi possível concluir, com elevado grau de certeza, que, sob o ponto de vista médico-científico, a manipulação de alimentos por indivíduos infectados pelas referidas doenças não constitui perigo para a saúde pública ou para terceiros em contacto casual (relação profissional) com o infectado. O Provedor de Justiça recomendou ao IEFP que fossem adoptadas as medidas adequadas a garantir o direito à reserva da intimidade da vida privada de todos os candidatos a emprego ou formação profissional submetidos a avaliação clínica, tendo em conta que tal

¹¹³ Este processo foi aberto na Provedoria de Justiça no ano de 2003, tendo por base uma queixa apresentada pela ABRAÇO, *Associação de Apoio a Pessoas com VIH/SIDA*. A matéria objecto desta queixa e o enquadramento instrutório do respectivo processo consta do *Relatório à Assembleia da República 2003*, pág. 467.

direito só poderá ser restringido em casos excepcionais e devidamente fundamentados sob o ponto de vista médico-científico e sempre com pleno respeito pelas normas legais e regras deontológicas vigentes ¹¹⁴. O IEFP veio posteriormente dar conhecimento à Provedoria de Justiça de uma série de medidas tomadas no sentido de salvaguardar a reserva da intimidade da vida privada dos candidatos a emprego, tendo, nomeadamente, emitido *orientações* detalhadas a tal respeito, visando a uniformização de procedimentos nos centros de formação profissional. Em face disso, e em conclusão, foi sugerido ao IEFP que tais *orientações* fossem submetidas ao Colégio da Especialidade de Medicina do Trabalho da Ordem dos Médicos, tendo em vista a emissão de parecer sobre os respectivos conteúdos.

V – Habitação social

22. As queixas entradas no ano de 2004 sobre esta matéria têm uma expressão reduzida na Área (2%). Não obstante o facto de, no âmbito do *Relatório à Assembleia da República 2003*, se ter explicado a natureza das queixas entradas na Provedoria de Justiça sobre o assunto, afigura-se relevante reiterar as observações então feitas a este propósito e que permitem identificar dois grupos distintos de reclamações:

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, registam-se situações (a) de indivíduos que não foram abran-

¹¹⁴ Neste sentido vai, aliás, o Acórdão n.º 368/02 do Tribunal Constitucional, ao sustentar que o direito à reserva da intimidade da vida privada (que integra o direito a não revelar ou dar a conhecer os dados de saúde) deverá ceder, apenas, em face da necessidade de o compatibilizar com outros direitos fundamentais ou com outros interesses constitucionalmente protegidos, onde se inclui, obviamente, a saúde de terceiros. O constrangimento do direito à reserva da intimidade da vida privada, enquanto direito fundamental que é, deverá ser rodeado de especial cautela, por forma a que não ultrapasse o mínimo indispensável à sua harmonização com qualquer outro interesse que, de dignidade equivalente, esteja em ponderação.

gidos pelo PER, (b) 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 (*desdobramento*) e, bem assim, (c) de beneficiários que discordam do 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 queixas, 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 segurança social e o Instituto Nacional da Habitação.

23. Por último, importa fazer uma especial referência à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 135/2004, de 3 de Junho, que criou o *Programa de Financiamento Para Acesso à Habitação* (PROHABITA), que visa a resolução das situações de grave carência habitacional de agregados familiares residentes no território nacional. Para o efeito, promove a satisfação dessas carências através da reabilitação do parque habitacional urbano e da utilização de fogos que se encontrem devolutos. Foi, assim, alargada a população alvo – anteriormente cingida à população residente em *barracas* – e diversificados os meios de resolução das carências habitacionais existentes no país, sendo de admitir

que, num futuro próximo, o PROHABITA possa dar resposta adequada a algumas das situações até agora excluídas, sobretudo, às mais emergentes.

VI – Processos abertos por iniciativa do Provedor de Justiça

24. Tal como foi referido no ponto 4 desta *introdução*, no ano de 2004 foram abertos e distribuídos a esta Área da Assessoria cinco processos de iniciativa do Provedor de Justiça. Quatro desses processos reportam-se a questões relacionadas com a área da Saúde. Em síntese, apresenta-se, seguidamente, o âmbito e os resultados das intervenções realizadas:

a. Acesso aos cuidados de saúde em estabelecimentos integrados no Serviço Nacional de Saúde por parte de uma imigrante em situação irregular vítima de doença grave e respectiva legalização junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF). A interessada veio a ser acompanhada pelo Hospital Fernando Fonseca (Amadora) e posteriormente pelo Instituto Português de Oncologia. Por outro lado, viu a sua situação regularizada perante o SEF. O processo (P-02/04) foi arquivado, uma vez que foi favoravelmente resolvida a situação da interessada.

b. Actualização das tabelas de comparticipação do Serviço Nacional de Saúde. Em face de várias reclamações relativas aos reduzidos valores das comparticipações pagas aos utentes com despesas de saúde, não só no que se refere aos tratamentos médicos, como também, no que respeita ao reembolso de despesas com *ajudas técnicas* (próteses, armações, lentes, dispositivos de compensação, etc.), o Provedor de Justiça determinou a abertura de um processo, visando a revisão das referidas tabelas. A este propósito, o Provedor de Justiça fez notar ao Ministério da Saúde que as tabelas de reembolsos em vigor se encontravam dispersas por diferentes diplomas, que tinham por base um regulamento que remontava a 1976 – portanto, anterior à criação do próprio Serviço Nacional de Saúde – e que, posteriormente, sofreu alguns ajustamentos, mas nunca ao nível do valor das comparticipações. Assim, verificava-se que os valores das comparticipações se encontravam manifestamente desactualizados face ao custo actual dos serviços prestados e à evolução que a economia e o custo de vida sofreram nas últimas três décadas. Em face da interpelação do Provedor de Justiça, o Secretário de Estado da Saúde solicitou

ao Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde (IGIF) um estudo sobre o assunto. O processo (P-06/04) aguarda uma resposta do IGIF e a tomada de decisão final sobre o assunto por parte do novo Governo.

c. Emissão e envio de cartões de beneficiário da ADSE a utentes já falecidos. Em face de notícias veiculadas pela comunicação social sobre este assunto, o Provedor de Justiça determinou a abertura de um processo para auscultação do Director-Geral de Protecção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública (ADSE). As situações denunciadas apontavam para falecimentos ocorridos há muitos anos, alegando-se que, na devida altura, as ocorrências das mortes tinham sido comunicadas à ADSE. Porém, tal não terá impedido que os familiares dos falecidos continuassem a receber correspondência daquela Direcção-Geral em nome dos falecidos. Em face desta deficiente actuação dos Serviços da ADSE, o Provedor de Justiça formulou uma especial chamada de atenção ao respectivo director-geral, alertando-o para as consequências pessoais e humanas que uma actuação deste tipo origina junto dos familiares, os quais, de forma abrupta e despropositada, vêm renovada a situação de pesar pela recordação dos seus familiares falecidos. O director-geral respondeu ao Provedor de Justiça, dando conta das razões que determinaram a desactualização dos ficheiros da ADSE e informando que iriam ser adoptadas medidas no sentido de evitar que situações idênticas se voltassem a repetir. O processo (P-07/04) continua em instrução para acompanhamento da situação e prevendo-se que seja, entretanto, formulada uma recomendação sobre o assunto.

d. Averiguação dos factos veiculados pela comunicação social, de acordo com os quais um beneficiário da Segurança Social, a auferir há alguns anos uma pensão social de invalidez (amputação do braço esquerdo), fora entretanto submetido a uma comissão de verificação de incapacidades permanentes (CVIP) que o veio a julgar apto para o trabalho. Em face dessa deliberação da CVIP, o Centro Nacional de Pensões fez cessar o pagamento da respectiva pensão. Embora o processo de reavaliação das incapacidades permanentes seja legalmente possível a todo o tempo por parte dos serviços de verificação de incapacidades permanentes (SVIP) dos centros distritais de segurança social, o certo é que importava conhecer e avaliar os fundamentos que nortearam a deliberação da referida CVIP. A Provedoria de Justiça solicitou ao centro distrital de segurança social visado a prestação urgente de esclarecimentos e o acesso a cópia integral do processo do interessado. O beneficiá-

rio foi submetido, no âmbito dos SVIP, a uma comissão de recurso, a qual veio a reconhecer ao beneficiário a incapacidade permanente e absoluta para o trabalho, tendo sido reposta a pagamento a respectiva pensão social de invalidez. O processo (P-09/04) foi arquivado, uma vez que a situação foi esclarecida e satisfatoriamente resolvida.

e. Na sequência de notícias vindas a público sobre o problema do acesso dos utentes de alguns centros de saúde da região do Oeste às consultas hospitalares, nomeadamente, quanto à especialidade de urologia, o Provedor de Justiça determinou a abertura de um processo para esclarecimento desta questão, tendo-se procedido à realização de visitas inspectivas aos centros de saúde das Caldas da Rainha, Óbidos, Peniche e Bombarral e, posteriormente, ao hospital directamente visado, Hospital de Santo André, S.A. e ao Centro Hospitalar das Caldas da Rainha, ambos da área de influência dos aludidos centros de saúde. Para o efeito, foram elaborados e aplicados modelos de inquérito aos centros de saúde e aos hospitais que permitiram recolher a informação necessária à identificação e avaliação dos problemas. Foi possível identificar, nomeadamente, constrangimentos no acesso dos utentes dos centros de saúde da região do Oeste às consultas hospitalares das especialidades, não só de urologia, mas também de oftalmologia, estomatologia, otorrinolaringologia e dermatologia. Foi ainda possível concluir que é praticamente inexistente ou insuficiente a articulação entre os centros de saúde e os hospitais, verificando-se existir, na maioria dos casos, um desconhecimento, por parte dos profissionais de saúde, não só das redes de referenciação hospitalar existentes, mas também, das regras gerais de referenciação hospitalar, assentes nos princípios da regionalização, hierarquização e complementaridade. Na sequência das referidas acções inspectivas, realizou-se uma reunião com o Presidente da Administração Regional de Saúde do Centro (ARSC), o Coordenador e o Director Clínico da Sub-Região de Saúde de Leiria, tendo em vista a adopção de medidas e procedimentos por parte da ARSC para a resolução de alguns dos problemas mais urgentes, identificados nas referidas visitas inspectivas. Na sequência dessa reunião, o Provedor de Justiça formulou uma especial chamada de atenção ao Presidente da ARSC, visando o cumprimento pontual dos compromissos assumidos na referida reunião. O processo (P-14/04) prossegue a sua instrução na Provedoria de Justiça para acompanhamento do assunto e para a conclusão do relatório final das visitas inspectivas.

2.3.2. Processos anotados

R-1461/96

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 de Lisboa e Vale do Tejo, relativamente ao número de meses de contribuições em falta para o preenchimento do prazo de garantia necessário ao acesso à pensão de velhice. Indemnização por responsabilidade civil extra-contratual do Estado.

Decisão: Pagamento à beneficiária, por parte do Instituto da Segurança Social/Centro Nacional de Pensões, de uma indemnização correspondente ao valor das prestações mensais de pensão de velhice que deixou de auferir, entre 01.09.1994 e 16.06.1997.

Síntese:

1. Em 12.10.1993, 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) de Lisboa e Vale do Tejo, o pagamento retroactivo das contribuições relativas ao período compreendido, entre Janeiro de 1967 e Dezembro de 1974 – num total de 96 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 26.11.1993, 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 doze meses de contribuições para completar o prazo de garantia legalmente exigido.



3. Em face dessa decisão, a beneficiária requereu, novamente, ao CRSS de Lisboa e Vale do Tejo o pagamento retroactivo de contribuições relativas aos doze meses em falta. Tendo esse requerimento sido aceite, a reclamante procedeu ao pagamento devido e requereu de novo ao CNP, em 1.09.1994, a atribuição da pensão de velhice, a qual só veio a ser deferida, em 16.06.1997.

4. Inconformada com a data do início do pagamento da pensão de velhice, a interessada pede a intervenção do Provedor de Justiça, em Abril de 1996, sustentando que a pensão de velhice lhe deveria ser concedida com efeitos reportados ao dia 1.09.1994, data em que entregou o segundo requerimento nesse sentido.

5. De facto, sendo o pedido de pagamento de contribuições de Maio de 1994 complementar do de 12 de Dezembro de 1993 e nele integrado, e sendo o prazo de garantia então de 120 meses (cfr. artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 7/94, de 11 de Março), deveria entender-se que o prazo de garantia foi completado em Agosto de 1994 (data do segundo pagamento retroactivo de contribuições), tendo a interessada direito à pensão de velhice com efeitos a partir de 1.09.1994.

6. Atendendo à deficiente informação prestada à interessada, considerou a Provedoria de Justiça que deveria ser a Administração Pública e não a beneficiária a suportar os prejuízos advenientes da mora na atribuição da prestação em causa.

7. Iniciou-se, então, uma longa e infrutífera troca de correspondência entre este órgão do Estado e as entidades envolvidas no processo de pensão de velhice da reclamante, nomeadamente, o CRSS de Lisboa e Vale do Tejo e o Centro Nacional de Pensões, por forma a concretizar o seu direito ao ressarcimento pelos danos provocados.

8. Paralelamente, no âmbito de um outro processo de contornos muito similares, o Provedor de Justiça solicitou ao, então, Instituto de Solidariedade e Segurança Social que se pronunciasse sobre a matéria ¹¹⁵, tendo esta entidade deliberado, em reunião de 10.07.2003, proceder ao pagamento de uma indemnização à beneficiária ali em questão, equivalente ao montante das prestações

¹¹⁵ Processo R-4470/96 (A3), cuja síntese foi publicada no Relatório à Assembleia da República relativo ao ano de 2003, fls. 472.

mensais que esta não auferiu, entre a data do primeiro pedido de pagamento retroactivo de contribuições e a data do deferimento da sua pensão de velhice.

9. Com base neste precedente, foi pedido ao ISSS, em 30.09.2003, que concedesse o mesmo tratamento ao caso pessoal da reclamante aqui em causa.

10. Em Outubro de 2004 – após várias insistências pela obtenção de uma resposta – veio aquela entidade informar de que havia deliberado, em 14.10.1994, fixar em 01.09.1994 a data de início da pensão da reclamante e atribuir-lhe os montantes que não auferiu entre aquela data e 16.06.1997. Esta decisão foi considerada satisfatória, tendo sido determinado o arquivamento do processo.

R-5708/01

Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Assunto: Benefícios concedidos aos doentes de Crhon e colite ulcerosa.

Objecto: Alargamento dos benefícios concedidos aos doentes de Crhon e colite ulcerosa, comparticipação dos medicamentos a 100% e isenção do pagamento das taxas moderadoras – alteração da Portaria n.º 349/96, de 8 de Agosto.

Decisão: Acatamento da sugestão da Provedoria de Justiça através da publicação do Despacho n.º 15399/2004 (2.ª Série), de 2 de Julho de 2004.

Síntese:

1. Na sequência de queixas apresentadas ao Provedor de Justiça sobre o alargamento dos benefícios concedidos aos cidadãos portadores de doença de Crohn e de colite ulcerosa, foi procurado apurar 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.

2. Após audição da Ordem dos Médicos, um parecer do respectivo Colégio da Especialidade de Gastroenterologia classificou 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, mencionando as repercussões da cirurgia a que com frequência é necessário recorrer, as alterações na qualidade de vida que determinam e as consequentes repercussões económicas e sociais.

3. O parecer concluiu ainda no sentido de 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”.

4. Com base nas considerações de natureza médica que justificam o alargamento dos benefícios concedidos aos cidadãos portadores destas doenças, entendeu o Provedor de Justiça dirigir-se ao Ministro da Saúde, no sentido de ser adoptada uma alteração normativa que visasse acautelar os interesses e as expectativas legítimas destes cidadãos.

5. Assim, recomendou a adopção de uma medida legislativa que acautelasse a situação dos cidadãos vítimas da “doença de Crhon e de Colite ulcerosa”, promovendo 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 desta gravidade.

6. Em resposta, a Secretaria de Estado da Saúde, informou, de forma inconclusiva, de que era pretensão do Ministério da Saúde harmonizar todos os benefícios atribuídos aos portadores de doenças crónicas potencialmente incapacitantes.

7. Nestes termos, atenta a morosidade inerente a este tipo de reformas, o Provedor de Justiça decidiu realizar nova intervenção a este propósito, junto do Secretário de Estado da Saúde, reiterando a necessidade urgente de acautelar a situação destes doentes – tal como, aliás, claramente resultava da preocupação expressa pela Ordem dos Médicos e, concretamente, do seu Colégio da Especialidade de Gastrenterologia –, 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.

8. Em consequência, veio a ser publicado o Despacho n.º 15399/2004 (2.ª Série), de 2 de Julho de 2004, que determina a comparticipação dos medicamentos destinados ao tratamento da doença inflamatória intestinal pelo

escalon A, ou seja, o custo dos medicamentos é inteiramente suportado pelo Estado ¹¹⁶.

9. No que se refere à isenção das taxas moderadoras para este tipo de doentes crónicos, verificando-se que a questão está a ser apreciada pelo Governo, no âmbito do processo geral de alteração/revisão das taxas moderadoras – revisão da Portaria n.º 346/96, de 8 de Agosto – foi determinado aguardar a conclusão do referido processo.

R-265/02

Assessor: Luisa Falcão de Campos

Assunto: Pagamento de despesas relativas a acidente em serviço e respectivos juros de mora.

Objecto: Atraso considerável (cerca de 5 anos) para realização do pagamento de despesas relativas a acidente em serviço e respectivos juros de mora.

Decisão: A Direcção-Geral dos Serviços Prisionais (DGSP) reviu a sua posição e ordenou o pagamento das despesas relativas ao acidente em serviço, tendo posteriormente, a Secretaria-Geral do Ministério das Finanças procedido ao respectivo pagamento bem como aos dos correspondentes juros de mora, contados desde a data da reclamação das aludidas despesas.

Síntese:

1. Um ex-funcionário da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais (DGSP), sofreu um acidente em serviço, em 07.08.97, sendo que, no início de 2002, não obstante as diversas reclamações feita pelo reclamante à DGSP, ainda não tinha sido apreciado e decidido o respectivo pedido de pagamento das despesas de saúde relativas ao mesmo acidente.

¹¹⁶ Despacho n.º 15399/2004 (2.ª Série), de 2 de Julho de 2004 conjugado com o Decreto-Lei n.º 118/92, de 25 de Junho.

2. Na sequência da intervenção da Provedoria de Justiça, foi este órgão do Estado informado pela DGSP de que iria ser pago ao reclamante o valor relativo às despesas em causa.

3. Tal quantia apenas foi paga pela Secretaria-Geral do Ministério das Finanças ao reclamante, em 24.04.03, em virtude desse pagamento e de outros pagamentos pendentes relativos a anos anteriores se encontrarem a aguardar um parecer favorável da Direcção-Geral do Orçamento.

4. A Provedoria de Justiça diligenciou, no sentido de promover a articulação necessária entre as várias entidades envolvidas, com vista à célere emissão do referido parecer, tendo sido bem sucedida nas medidas encetadas.

5. Posteriormente ao pagamento das referidas despesas, o reclamante requereu à mesma Direcção-Geral, em 24.04.03, o pagamento dos respectivos juros de mora, considerando que o atraso verificado na tramitação do processo (mais de cinco anos) foi manifestamente exagerado e exclusivamente imputável ao funcionamento da DGSP.

6. Após a intervenção da Provedoria de Justiça, que considerou assistir razão ao reclamante, a Secretaria-Geral do Ministério das Finanças ordenou o pagamento dos juros indemnizatórios solicitados.

R-463/02

Assessor: Luisa Falcão de Campos

Assunto: Qualificação *post mortem* como deficiente das forças armadas (DFA).

Objecto: Pedido de revisão *post mortem* da incapacidade de ex-militar para efeitos de atribuição de pensão de sobrevivência.

Decisão: O Ministério da Defesa Nacional reviu a sua posição e concordou em reabrir o processo do marido da reclamante com vista à revisão da respectiva incapacidade, tendo decidido, em função dos resultados obtidos, qualificar aquele, *post mortem*, como deficiente das forças armadas.

Síntese:

1. A viúva de um ex-soldado, a quem foi atribuído o grau de desvalorização de 15%, tendo sido declarado incapaz para o cumprimento do serviço militar obrigatório, em virtude de acidente ocorrido em Angola, durante o serviço militar obrigatório, solicitou a revisão *post mortem* da incapacidade do mesmo, para efeitos de atribuição da correspondente pensão de sobrevivência, em virtude do visível agravamento sofrido.

2. Antes do respectivo falecimento, o ex-militar tinha requerido a submissão a uma junta médica com vista à revisão da respectiva incapacidade, a qual apesar de ter sido deferida não chegou a realizar-se em virtude do seu óbito.

3. No entanto, em data anterior ao respectivo falecimento, o ex-militar tinha sido observado num hospital militar tendo-lhe sido reconhecida uma desvalorização global de 41%.

4. Analisados os factos verificou-se a existência denexo de causalidade entre as patologias sofridas pelo ex-soldado, antes da sua morte, e o acidente sofrido no cumprimento do serviço militar obrigatório, pelo que foi solicitada, pela Provedoria de Justiça ao Ministério da Defesa Nacional (MDN), a reabertura do processo, a sua reapreciação por junta médica competente e a eventual qualificação como deficiente das forças armadas do falecido.

5. Tal posição foi acolhida pelo MDN e deferido o pedido de qualificação *post mortem* como DFA do marido da reclamante, tendo sido os respectivos efeitos reportados à data em que o mesmo foi examinado, pela última vez, na consulta da especialidade do hospital militar.

R-1277/02

Assessor: Isabel Pinto

Assunto: Direito a acréscimos ao montante de pensão por parte dos pensionistas de pensão unificada, que se aposentaram a coberto do regime especial de antecipação da aposentação dos funcionários da Junta Autónoma das Estradas (JAE), instituído pelo Decreto-Lei n.º 237/99, de 25 de Junho.

Objecto: Recusa de realização do cálculo e do pagamento dos acréscimos ao interessado por parte do Centro Nacional de Pensões (CNP).

Decisão: Acolhimento por parte do CNP da sugestão formulada pela Provedoria de Justiça, no sentido de que lhe competia calcular os acréscimos devidos ao reclamante e, bem assim, comunicá-los à Caixa Geral de Aposentações (CGA), por forma a que esta entidade alterasse em conformidade o montante de pensão do interessado e o comunicasse ao Instituto das Estradas de Portugal (IEP).

Síntese:

1. O reclamante aposentou-se em Fevereiro de 2002, na qualidade de funcionário da JAE, a coberto do regime especial de antecipação do direito à aposentação, instituído pelo art. 12.º, do Decreto-Lei n.º 237/99, para os funcionários da referida JAE.

2. O interessado apresentava um período de descontos anterior para o regime geral de segurança social, pelo que a sua aposentação foi concomitantemente regida pelas normas do Decreto-Lei n.º 361/98, de 18 de Novembro, que regulam o regime legal das pensões unificadas.

3. À conjugação dos referidos regimes legais acresceu ainda uma outra particularidade relevante decorrente do preceituado no art. 10.º, do Decreto-Lei n.º 227/2002, de 30 de Outubro, ao estabelecer que os encargos com as pensões de aposentação, atribuídas a coberto do referido art. 12.º, do Decreto-Lei n.º 237/99, seriam suportados pelo IEP até ao momento em que os respectivos pensionistas completassem 60 anos de idade e 36 anos de serviço, fíccionando-se que teriam permanecido no activo, ou não sendo possível preencher as referidas condições, atingissem 70 anos de idade.

4. O reclamante continuou a exercer actividade profissional após a sua aposentação, pagando as respectivas contribuições no âmbito do regime geral de segurança social.

5. Em datas oportunas, solicitou ao Centro Nacional de Pensões o pagamento dos acréscimos ao montante da sua pensão unificada pelos descontos que vinha efectuando, tendo os seus pedidos sido indeferidos, com o fundamento no facto de o CNP não ser ainda responsável pelo pagamento da parcela da pensão da sua responsabilidade.

6. Foi dirigido ofício ao Director do CNP, fazendo notar que, apesar do Centro não ser ainda responsável pelo pagamento efectivo dos referidos

acréscimos, tinha o dever de os calcular e de os comunicar à Caixa Gera de Aposentações, com vista à alteração do montante de pensão do reclamante e da comunicação do montante revisto ao IEP para pagamento ao interessado.

7. O CNP e a CGA agiram de acordo com a sugestão formulada por este órgão do Estado, tendo o processo sido arquivado com o fundamento na reparação da injustiça verificada (artigo 31.º, alínea *c*) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

R-177/03

Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Violação do direito à reserva da intimidade da vida privada no acesso ao emprego. Exigência de testes de despistagem de doenças como HIV, Sífilis e Hepatites B e C.

Objecto: Avaliação da exigência de efectuação de testes de despistagem de HIV, Sífilis e Hepatites B e C feita aos candidatos a formação profissional, por parte dos médicos do Centro de Formação Profissional do Seixal (Instituto do Emprego e Formação Profissional).

Decisão: Constatação da ilegitimidade da actuação do referido centro de formação, por atentar, de forma injustificada e inaceitável, contra o direito à reserva da intimidade da vida privada dos candidatos à formação profissional e por consubstanciar um acto passível de gerar uma infundada discriminação no acesso ao emprego. Formulação de ofício recomendação ao Instituto do Emprego e Formação Profissional, convidando-o a adoptar as medidas e orientações adequadas à resolução do problema.

Síntese:

1. O processo teve origem na denúncia, segundo a qual aos candidatos a emprego inscritos para acções de formação profissional no Centro de Formação Profissional do Seixal, era exigida a realização de análises para despistagem de várias doenças, nomeadamente, o VIH, as Hepatites B e C e a Sífilis.

2. Em face dessa denúncia, a Provedoria de Justiça procedeu à consulta do IEFP, com vista ao esclarecimento da situação. O IEFP, veio defen-

der a actuação dos médicos no caso em apreço, afirmando que estava em causa o acesso a formação profissional em actividades como a charcutaria, peixaria, padaria, talho, caixa, electrodomésticos e reposição de *stocks*, sendo que tais testes de despistagem apenas haviam sido solicitados aos candidatos que pretendiam integrar-se nas actividades imediatamente relacionadas com o contacto directo com produtos alimentares. Acrescentando, ainda, que “*com este procedimento pretendia-se evitar riscos desnecessários para a saúde pública e garantir que, caso o candidato não pudesse ser integrado numa destas actividades, seria encaminhado para uma das outras (...)*”.

3. Face a tal resposta, entendeu o Provedor de Justiça solicitar pareceres sobre a exigência dos mencionados testes ao perito médico da Provedoria de Justiça, à Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA, ao Conselho Nacional de Ética e Deontologia Médicas da Ordem dos Médicos, ao Colégio da Especialidade de Doenças Infecciosas da Ordem dos Médicos, ao Colégio da Especialidade de Saúde Pública da Ordem dos Médicos e, finalmente, ao Colégio da Especialidade de Medicina do Trabalho da Ordem dos Médicos.

4. Em análise estavam dois tipos de questões. Por um lado, o facto da exigência de tais exames médicos não estar a ser feita com “*o consentimento prévio e devidamente informado do candidato*”, já que a simples entrega ao candidato da requisição médica dos exames não é passível de consubstanciar, por si só, um real consentimento prévio e informado do candidato. Só a informação devidamente fundamentada, dada pelo médico ao paciente, de forma clara, antes ou no momento em que é preenchida a requisição, integra tal conceito. Por outro lado, e no que se refere à justificação adiantada pelo IEFP para a exigência dos exames no caso concreto, o fulcro da questão residia, justamente, em saber se o entendimento de que a manipulação de alimentos por indivíduos infectados por VIH, Hepatite B, Hepatite C ou Sífilis, podia representar um risco para a saúde pública, tinha, ou não, fundamento médico-científico.

5. Todos os pareceres juntos ao processo permitiram concluir, com elevado grau de certeza, que sob o ponto de vista médico-científico, a manipulação de alimentos por indivíduos infectados pelo VIH, Hepatites B e C ou Sífilis, não constitui perigo para a saúde pública ou para terceiros em contacto casual (relação profissional) com o infectado.

6. Alcançou-se, assim, o entendimento – aliás partilhado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 368/02 – de que o direito à reserva da inti-

midade da vida privada (que integra o direito a não revelar ou dar a conhecer os dados de saúde) deverá ceder, apenas, em face da necessidade de o compatibilizar com outros direitos fundamentais ou com outros interesses constitucionalmente protegidos, onde se inclui, obviamente, a saúde de terceiros.

7. Nesse sentido, o constrangimento do direito à reserva da intimidade da vida privada, enquanto direito fundamental que é, deverá ser rodeado de especial cautela, por forma a que não ultrapasse o mínimo indispensável à sua harmonização com qualquer outro interesse que, de dignidade equivalente, esteja em ponderação. Ou seja, só poderão ser solicitados exames clínicos aos candidatos, quando esteja verdadeiramente em causa um perigo para o próprio, para terceiros e/ou para a saúde pública.

8. A esta luz, e tendo-se verificado que os procedimentos adoptados pelo IEFP, no caso em apreço, não se mostravam compatíveis com os princípios acima referidos, foi solicitada a sua correcção em conformidade, tendo o Provedor de Justiça recomendado que fossem adoptadas as medidas adequadas a garantir a salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada de todos os candidatos a emprego ou formação profissional que sejam submetidos a avaliação clínica, tendo em conta que tal direito só poderá ser restringido em casos excepcionais e devidamente fundamentados sob o ponto de vista médico-científico e sempre com pleno respeito pelas normas legais e regras deontológicas vigentes.

9. O IEFP respondeu à Provedoria de Justiça, dando conhecimento de uma série de medidas adoptadas, no sentido de salvaguardar a reserva da intimidade da vida privada dos candidatos a emprego, tendo, nomeadamente, emitido orientações detalhadas a tal respeito, visando a uniformização de procedimentos na globalidade dos centros de formação profissional.

R-1408/03

Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Efeitos da inscrição ilegal como beneficiário da segurança social.

Objecto: Anulação da inscrição e do período contributivo de determinado beneficiário, ao abrigo do artigo 41.º, n.º 4 da Lei n.º 28/84, de 14

de Agosto (Lei de Bases da Segurança Social), volvidos 24 anos da data da sua aceitação pela Casa do Povo de Arcos de Valdevez.

Decisão: Revalidação da inscrição do beneficiário e respectivo período contributivo, reposição em pagamento, pelo Centro Nacional de Pensões, da pensão de invalidez e restituição ao interessado dos montantes que deixou de auferir desde a data da anulação da sua inscrição.

Síntese:

1. O reclamante apresentou uma queixa junto deste órgão do Estado, na sequência da decisão proferida pela Directora do Núcleo de Enquadramento e Vinculação e Registo de Remunerações do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Viana do Castelo, em 17.05.2002, de anulação da sua inscrição e conseqüente enquadramento no regime especial de previdência.

2. Apurou-se, então, que no decurso do ano de 2002, o CDSSS de Viana do Castelo verificou existir sobreposição de contribuições da parte do reclamante, para a segurança social portuguesa e para o sistema de protecção social francês, no período entre Março de 1973 e Abril de 1978, pelo que a sua inscrição e enquadramento foram considerados ilegais e, em conseqüência, invalidados.

3. Reconstituídos os termos em que ocorreu a inscrição e enquadramento do interessado, constatou-se que estes tiveram lugar junto da Casa do Povo de Arcos de Valdevez, em 19.04.1978, data em que o reclamante pagou, de uma só vez e na qualidade de sócio contribuinte equiparado, as contribuições relativas a cinco anos. Tais contribuições foram, depois, reportadas retroactivamente, pela própria casa do povo, ao período entre Março de 1973 e Abril de 1978.

4. Pouco tempo após a sua inscrição, o beneficiário teve um problema de saúde num braço que o impediu de continuar a sua actividade profissional, tendo passado a receber uma pensão de invalidez, ainda no ano de 1978, após submissão à competente junta médica.

5. Volvidos cerca de 24 anos, na sequência da recepção de um pedido de esclarecimentos da parte da *Caisse Nationale D'Assurance Vieillesse* francesa, concluiu-se que o reclamante havia estado enquadrado, incorrectamente,

em dois sistemas de protecção social, pelo que lhe foi perguntado se havia exercido, de facto, actividade na agricultura em Portugal e em que período.

6. Tendo o beneficiário informado o CDSSS de Viana do Castelo de que, no lapso de tempo em apreço, havia estado em França, foi determinada a anulação da sua inscrição e das contribuições registadas.

7. Solicitados esclarecimentos ao CDSSS de Viana do Castelo sobre o fundamento daquela decisão, foi dado a perceber à Provedoria de Justiça que a mesma encontrou motivação no ponto III do Despacho n.º 2/SESS/91, publicado no Diário da República, Série II, de 18.01.1991 e ainda no parecer emitido, em 30.01.1998, pela então Direcção-Geral dos Regimes de Segurança Social, a propósito de uma situação semelhante, os quais determinavam a nulidade da inscrição ilegal e fixavam os efeitos dessa mesma nulidade.

8. Verificou-se, então, que a sanção da nulidade aplicada foi incorrecta, dado que o acto administrativo inválido de inscrição do beneficiário aqui em causa se reporta a Abril de 1978, data em que vigorava para os trabalhadores agrícolas o regime de previdência contido no Decreto n.º 445/70, de 23 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 174-B/75, de 16 de Julho e a Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962, os quais não continham qualquer disposição a propósito das inscrições irregulares e seus efeitos. Assim sendo e tendo em conta a excepcionalidade da sanção da nulidade no nosso Direito Administrativo, não poderia o CDSSS de Viana do Castelo considerar nulo o acto de inscrição do interessado.

9. Por outro lado e ainda que essa nulidade decorresse, hipoteticamente, da aplicação de regras jurídicas em vigor à data dos factos, a verdade, também, é que não seria certo considerar como efeitos dessa pretensa nulidade, aqueles previstos no artigo 41.º n.º 4 da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, na medida em que esta já não se encontrava em vigor, em 17.05.2002, ou seja, à data do despacho da Directora do Núcleo de Enquadramento e Vinculação e Registo de Remunerações. Nesse momento, vigorava no nosso ordenamento jurídico a Lei de Bases da Segurança Social n.º 17/2000, de 8 de Agosto, a qual suprimiu qualquer referência aos efeitos das inscrições ilegais, tratando a matéria da declaração de nulidade e da revogação dos actos inválidos, de forma genérica, nos respectivos artigos 74.º e 75.º.

10. Perante a análise realizada, concluiu-se que o acto de inscrição irregular do reclamante, praticado em Abril de 1978, seria um acto anulável e não nulo, e como tal sujeito às regras gerais sobre as deliberações anuláveis,

então, contidas no artigo 364.º do Código Administrativo de 1940, as quais determinavam que as deliberações anuláveis só poderiam ser impugnadas em recurso contencioso dentro do prazo legal (três meses a contar da data da decisão) e que decorrido o prazo sem que se tenha feito impugnação em recurso contencioso, ficava sanado o vício da deliberação.

11. Assim sendo, o acto de inscrição do beneficiário ficou sanado com o decurso do tempo, não enfermando já em 2002 de qualquer vício susceptível de promover a sua invalidade, pelo que a anulação da sua inscrição e do respectivo período contributivo em sobreposição careceram, em absoluto, de fundamento.

12. Essa mesma argumentação foi transmitida ao CDSSS de Viana do Castelo juntamente com um parecer no mesmo sentido, previamente recolhido junto da Direcção-Geral da Solidariedade e Segurança Social.

13. Aquela entidade reconheceu a pertinência das observações da Provedoria de Justiça, tendo revalidado a inscrição do beneficiário e o respectivo período contributivo. Em consequência, o Centro Nacional de Pensões repôs em pagamento a pensão de invalidez do reclamante e pagou-lhe todos os montantes que deixou de auferir durante o lapso de tempo em que se manteve a nulidade da sua inscrição.

R-2910/03

Assessor: Rita Cruz

Assunto: Pedido de reposição de subsídio de maternidade.

Objecto: Exigência à trabalhadora pela respectiva entidade empregadora (uma companhia seguradora) dos valores correspondentes ao subsídio de maternidade pagos adiantadamente, na sequência do posterior indeferimento por parte dos serviços de segurança social do requerimento com vista à obtenção do mesmo, com fundamento em apresentação extemporânea do pedido (cfr. artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 154/83, de 29 de Abril, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 347/98, de 9 de Novembro).

Decisão: Imposição à trabalhadora da mera devolução da diferença entre o seu vencimento líquido corrente e o subsídio de maternidade processado pela entidade empregadora e não atribuído pela segurança social.

Síntese:

1. Na sequência do nascimento de uma filha, a reclamante – trabalhadora de uma entidade seguradora – veio contestar junto da Provedoria de Justiça o indeferimento do seu pedido de atribuição do subsídio de maternidade requerido junto do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Lisboa.

2. Com efeito, o requerimento fora indeferido com fundamento na sua apresentação extemporânea, isto é, por ter dado entrada nos serviços decorrido que estava o prazo de seis meses a contar da data do nascimento (artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 347/98, de 9 de Novembro).

3. Na qualidade de trabalhadora por conta de outrem de uma companhia seguradora (organismo centralizador), a reclamante havia recebido antecipadamente o subsídio de maternidade de acordo com a cláusula 62.ª, n.º 2, do respectivo Contrato Colectivo de Trabalho, encontrando-se obrigada à sua reposição, logo que o referido subsídio lhe fosse pago pelo correspondente centro distrital de solidariedade e segurança social.

4. Confrontada com a decisão de indeferimento do pedido, por parte dos serviços de segurança social, e com a insistência da seguradora na reposição dos montantes adiantados, a reclamante suscitou a intervenção da Provedoria de Justiça.

5. Auscultou-se, então, a companhia seguradora sobre os procedimentos internos instituídos, com o objectivo de assegurar que os seus trabalhadores apresentam atempadamente, os requerimentos para obtenção dos benefícios sociais a que têm direito.

6. Constatando-se inexistirem tais procedimentos, a Provedoria de Justiça recomendou à companhia seguradora em questão a adopção de providências internas “*como por exemplo, a fixação de um prazo interno para o/a trabalhador/a fazer prova de que a prestação social em causa foi requerida tempestivamente juntos dos serviços competentes da segurança social e/ou alertar os trabalhadores para a necessidade de procederem ao registo do correio sempre que remetem os respectivos requerimentos por aquela via*” – por forma a garantir que todos os pagamentos adiantados aos respectivos trabalhadores não fiquem a descoberto.

7. Atenta a excepcionalidade do caso concreto, a Provedoria de Justiça recomendou ainda àquela companhia seguradora, a ponderação da hipótese – também ela excepcional – de não exigir à trabalhadora em causa a reposição das importâncias entretanto pagas.

8. A companhia seguradora acatou, parcialmente, a sugestão deste órgão do Estado, tendo exigido à trabalhadora apenas a devolução da diferença entre o seu vencimento líquido mensal habitual e o subsídio de maternidade processado e não recebido da segurança social.

R-3044/03

Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Violação de direitos cometidos legalmente às comissões de trabalhadores.

Objecto: Direito da Comissão de Trabalhadores da Carris à emissão de parecer prévio, quer, relativamente à reestruturação empresa – da qual resultaria uma redução sensível de efectivos humanos da empresa – quer, relativamente ao encerramento da Estação de Cabo Ruivo. Direito de intervenção na reorganização das unidades produtivas.

Decisão: Concluiu-se que, estando em causa o encerramento de uma estação e uma reestruturação da Carris da qual resultaria uma diminuição sensível de efectivos humanos da empresa, esta estava obrigada a solicitar à comissão de trabalhadores a emissão de parecer prévio, antes da efectivação de quaisquer medidas tendentes a implementar as decisões respeitantes à reestruturação gizada.

Síntese:

1. Foi apresentada queixa na Provedoria de Justiça, na qual se alegava estarem a ser violados os direitos da Comissão de Trabalhadores da Carris, S.A.. De acordo com a exposição da comissão de trabalhadores, estaria a ser levado a cabo um processo de reestruturação profunda da empresa, envolvendo a diminuição significativa de efectivos, sem que estivessem a ser respeitados os direitos cometidos legalmente às comissões de trabalhadores, nomeadamente, o direito à emissão de parecer prévio (art. 24.º, n.º 1, *d*) e 33.º, *a*)

da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro) e o direito a intervir na reorganização das unidades produtivas (art. 33.º da mesma lei). Por outro lado, teria ainda sido decidido o encerramento da Estação de Cabo Ruivo, sem que, mais uma vez, a comissão de trabalhadores tivesse sido ouvida a tal respeito, violando, desta forma também os preceitos acima mencionados.

2. Auscultada a empresa, entendeu a mesma não haver violação do direito à emissão de parecer prévio relativamente à diminuição de efectivos, porquanto esta se estava a efectivar apenas com trabalhadores que para tanto manifestassem o seu acordo. Por outro lado, relativamente ao direito de intervenção na reorganização das unidades produtivas, entendeu a administração da Carris que não estava em curso qualquer reorganização das unidades produtivas, mas tão-só uma reestruturação interna de determinados serviços. Finalmente, quanto ao encerramento da Estação de Cabo Ruivo, referiu a empresa que, à data, não tinha sido tomada uma decisão concreta a tal respeito, encontrando-se o assunto em fase de estudo.

3. Discordando dos argumentos adiantados pela Carris, entendeu a Provedoria de Justiça remeter à respectiva administração um ofício reparo, nos termos que se descrevem de seguida.

4. No que respeita à redução de efectivos que vinha sendo efectuada na Carris, fez-se notar, que a Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro (Lei da Comissão de Trabalhadores) não restringia a intervenção das comissões de trabalhadores nos processos de redução de efectivos, aos casos em que estas fossem feitas sem o acordo ou adesão dos trabalhadores visados. Assim, a execução de um plano prévio e expressamente delineado e publicitado pelo conselho de administração, que visava especificamente a redução de um elevado número de efectivos humanos na Carris – como resultava claro ser o presente caso, conforme carta/circular dirigida a todos os colaboradores – não podia deixar de integrar o conceito legal em causa.

5. Por outro lado, dos elementos juntos ao processo, resultava claro que a reestruturação da empresa não poderia ser qualificada como uma mera “*reestruturação interna de serviços*”. A reestruturação gizada era, na realidade, uma reestruturação global da empresa, que passava, obviamente, pela reorganização de alguns dos seus serviços, mas cujo objectivo final era a reorganização da Carris, enquanto empresa/unidade produtiva.

6. Finalmente, no que à Estação de Cabo Ruivo dizia respeito, resultava claro de uma carta/circular subscrita pelo conselho de administração da

empresa, ser sua intenção proceder ao respectivo encerramento. Com efeito, referia-se ali que *“quando Cabo Ruivo estiver liberto – o que acontecerá no final do ano – analisaremos a sua melhor utilização que talvez seja a de dar início à constituição do nosso Fundo de Pensões, indispensável para garantir um futuro mais tranquilo aos nossos reformados”*. Daqui se concluiu que, embora a empresa não tivesse ainda tomado qualquer decisão sobre o futuro da Estação de Cabo Ruivo, o facto é que o respectivo encerramento estava não só decidido, como estaria já em curso a implementação de tal decisão.

7. Concluiu-se, assim, que o conselho de administração da Carris estava obrigado, por força do disposto no artigo 24.º, n.º 1, alíneas c) e d) e art. 33.º, alínea a), da Lei n.º 46/79, a solicitar à comissão de trabalhadores o seu parecer, antes da efectivação de quaisquer medidas tendentes a implementar as decisões respeitantes à profunda reestruturação da empresa, à diminuição sensível dos seus efectivos humanos e ao encerramento de um dos seus estabelecimentos, o que não foi cumprido, tendo havido, por conseguinte, uma violação do direito à emissão de parecer prévio constante dos supra citados preceitos.

8. Face às conclusões alcançadas, o Provedor de Justiça formulou um reparo à actuação da Carris no caso concreto, impondo que, no futuro, a empresa se abstenha de praticar actos ou omissões que, como os ora em causa, violem direitos constitucional e legalmente atribuídos às comissões de trabalhadores.

9. Por outro lado, e uma vez que a violação do preceito em causa constitui, nos termos do art. 36.º, n.º 2, Lei n.º 46/79, contra-ordenação grave, entendeu o Provedor de Justiça participar tal infracção ao Inspector-Geral do Trabalho.

10. No seguimento da participação de infracção à Inspecção-Geral do Trabalho, foi a Provedoria de Justiça informada de que, após as devidas averiguações promovidas pela IGT, esta veio a concluir ter havido violação por parte da Carris da obrigação de solicitação de parecer prévio à comissão de trabalhadores, tendo, em consequência, sido levantado o competente auto de notícia.

Assunto: Regime das prestações por morte, contido no Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro.

Objecto: Formulação à Direcção-Geral de Solidariedade e Segurança Social (DGSSS) de propostas de alteração e adequação do regime contido no referido diploma, quanto ao prazo para apresentação do requerimento de pensão de sobrevivência, quanto ao direito dos deficientes receberem prestações por morte dos seus ascendentes, sem sujeição a limite de idade e quanto à extensão do âmbito pessoal do diploma aos ferroviários abrangidos pelo Regulamento de 1927.

Decisão: Acolhimento por parte da DGSSS das sugestões legais apresentadas pela Provedoria de Justiça e manifestação de disponibilidade para as integrar no novo diploma sobre prestações por morte, em elaboração.

Síntese:

1. Na sequência da entrada na Provedoria de Justiça de diversas queixas sobre a legislação em vigor em sede de prestações por morte, no âmbito do regime geral de segurança social – Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro – procedeu-se à identificação de três principais matérias, que exigiam reformulação e adequação legislativa.

2. A primeira dessas matérias respeita ao prazo para requerer a pensão de sobrevivência – artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro. Ali se estabelece que o pedido de pensão deverá ser apresentado, no prazo de 5 anos contado da data do falecimento do beneficiário. Sucede que, por motivos vários, designadamente nos casos de requerentes emigrados, se verificaram situações em que não foi possível respeitar o referido prazo, tendo os interessados visto caducar o seu direito à pensão de sobrevivência. Constatando-se não existir interesse público justificativo da fixação de um prazo de caducidade deste tipo de direito, foi sugerido à Direcção-Geral de Solidariedade e Segurança Social que adoptasse uma regra em tudo semelhante à vigente para os funcionários e agentes da Administração Pública – artigo 30.º

do Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março – segundo a qual as pensões de sobrevivência podem ser requeridas a todo o tempo, sendo porém apenas devidas a partir do dia 1 do mês seguinte ao da data do requerimento, sempre que este seja apresentado mais de 12 meses após a data do falecimento.

3. Em segundo lugar, suscitou-se a necessidade de clarificar o sentido e o alcance do artigo 12.º, n.º 2 c) do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, relativo ao direito dos descendentes deficientes receberem prestações por morte dos seus ascendentes, sem sujeição a limite de idade. Com efeito, a análise literal do preceito parece evidenciar que só terão direito às prestações por morte os deficientes titulares de prestações familiares como sejam a bonificação por deficiência relativa ao abono de família para crianças e jovens e o subsídio mensal vitalício. Contudo, a intenção do legislador foi a de proteger os descendentes deficientes, quer recebessem efectivamente aquele tipo de prestações familiares, quer não as recebessem, mas reunissem as respectivas condições de atribuição. Assim sendo, propôs-se que doravante a titularidade do direito à pensão de sobrevivência se aferisse pelo direito abstracto de gozo daquelas prestações familiares, sem dependência do seu exercício efectivo.

4. Por fim, apontou-se a pertinência do alargamento do âmbito pessoal do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, aos ferroviários do chamado regime especial. Com efeito, os familiares dos ferroviários pertencentes ao grupo fechado submetido ao regime do Regulamento de 1927 e do Regulamento de 1935 não têm direito ao subsídio por morte, contrariamente ao que se verifica com os familiares dos trabalhadores ferroviários que iniciaram a sua actividade após 1.07.1955 e que passaram a ficar enquadrados no regime geral de segurança social. Considerando-se esta disparidade em termos de protecção social, não só infundamentada como temporalmente ultrapassada, sugeriu-se uma intervenção correctiva do legislador, por forma a propiciar um tratamento mais justo e solidário destas situações.

5. Tendo analisado e ponderado as sugestões feitas pela Provedoria de Justiça, a Direcção-Geral de Solidariedade e Segurança Social concluiu pela pertinência das mesmas e informou que as mesmas iriam ser objecto de integração no âmbito do trabalhos de revisão do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, previsto no plano de actividades daquela entidade, para o ano de 2005.

Assunto: Revogação do Decreto-Lei n.º 116/85, de 19 de Abril (que consagra a possibilidade de aposentação voluntária dos funcionários e agentes que possuíssem 36 anos de serviço, independentemente da respectiva idade e de submissão a junta médica).

Objecto: Atrasos por parte da Caixa Geral de Aposentações na apreciação dos pedidos de aposentação antecipada entrados antes de 31.12.2002 e análise da legalidade do Despacho Interno n.º 867/03/MEF, de 5 de Agosto.

Decisão: Arquivamento do processo, mediante envio de reparo à Ministra de Estado e das Finanças, a propósito dos atrasos registados na actuação da Caixa Geral de Aposentações, na análise e conclusão dos processos de aposentação antecipada entrados naquela entidade até 31.12.2002, formulação de chamada de atenção sobre a probabilidade dos funcionários prejudicados recorrerem à via contenciosa para apreciação dos vícios de natureza formal assacáveis ao Despacho Interno n.º 867/03/MEF, de 5 de Agosto, sobretudo, quando aplicado à Administração Regional e Local. Elucidação dos reclamantes em conformidade.

Síntese:

1. Numa primeira fase, os vários reclamantes deste processo discordavam da revogação do Decreto-Lei n.º 116/85, de 19 de Abril, promovida pela Lei do Orçamento de Estado para 2003 (artigo 9.º da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro). Na origem das queixas estavam, sobretudo, situações de pessoas que só no decurso de 2003 (algumas em Janeiro de 2003), perfaziam os 36 anos de serviço e que por isso se viram abrangidas pelos factores de penalização do valor da pensão de aposentação, introduzidos pela referida lei (que manteve a possibilidade de aposentação antecipada sem incidência de factor de redução apenas para os requerentes que cumpriram as condições do diploma e apresentaram os respectivos pedidos de aposentação, até 31.12.2002). Quanto a esta questão, a Provedoria de Justiça não reconheceu razão aos reclamantes, sublinhando as regras sobre sucessão das leis no

tempo, as diferenças entre expectativas jurídicas e direitos adquiridos e argumentado ainda que, no âmbito do regime geral de segurança social, há muito vinha sendo aplicada a mesma penalização a todos os que pretendem reformar-se antes de cumpridos os 65 anos de idade (cfr. artigo 38.º-A do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro).

2. Não obstante o exposto, no ponto supra, o Provedor de Justiça interveio relativamente a todos os casos que chegaram ao seu conhecimento (poucos) em que a data limite de 31.12.2002 não foi observada por erro exclusivamente imputável aos serviços dos requerentes. A este propósito, é exemplificativo o processo R-1738/04 (A3), que seguiu tramitação autónoma, no qual se apurou que o processo do reclamante não deu entrada na CGA, em tempo, por terem os respectivos serviços – Instituto do Desporto de Portugal – arquivado o processo de aposentação do interessado juntamente com documentos relativos a outro assunto que nada tinha a ver com pedidos daquela natureza. Após intervenção deste órgão do Estado, a Caixa reconheceu a excepcionalidade da situação e dispôs-se a aceitar o requerimento de aposentação, apesar de ser extemporâneo.

3. Numa segunda fase, logo após a revogação do artigo 9.º da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro promovida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 360/2003, de 8 de Julho, os reclamantes voltaram a solicitar a intervenção da Provedoria de Justiça, no sentido de verem recalculadas as suas aposentações com efeitos reportados à data do acto determinante – como dispõe o artigo 43.º do Estatuto da Aposentação – e não com efeitos reportados a 31.12.2002 como, excepcionalmente, determinou a Lei do Orçamento de Estado para 2003. Relativamente a este ponto, auscultou-se a Caixa Geral de Aposentações, em Novembro de 2003, tendo sido recebida resposta daquela entidade, no mesmo mês, clarificando que estava prevista a revisão de todos esses processos, mas que a mesma demoraria alguns meses a ser realizada, atendendo ao elevado número de processos nas mesmas circunstâncias. Com base nas explicações obtidas, precedeu-se à elucidação dos reclamantes em conformidade e ao arquivamento destes processos.

4. Numa terceira fase e na sequência da emissão do Despacho Interno n.º 867/03/MEF, de 5 de Agosto, por parte da Ministra de Estado e das Finanças, começaram a dirigir-se à Provedoria de Justiça reclamantes requerentes de aposentação que, não obstante terem instruído os processos respectivos com declarações da parte dos seus superiores hierárquicos ates-

tando que a sua passagem à reforma não acarretava inconvenientes para o serviço (em cumprimento do disposto no artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 116/85, de 19 de Abril), viram os respectivos processos devolvidos aos seus serviços de origem para cumprimento das condições estabelecidas no referido despacho. Todos estes reclamantes pretendiam que o Provedor de Justiça se pronunciasse sobre a legalidade/ilegalidade do referido despacho e interviesse a propósito da aplicação do mesmo. Simultaneamente, muitos interessados queixavam-se de atrasos inaceitáveis (de mais de 11 meses) da parte da Caixa Geral de Aposentação, na conclusão dos pedidos de aposentação (fosse esta antecipada ou não).

5. Relativamente à matéria dos atrasos por parte da CGA, foi realizada intervenção junto da, então, titular da pasta das Finanças, a qual motivou a agilização dos procedimentos junto daquela entidade e atribuição de maior celeridade aos referidos processos, cujo volume decresceu consideravelmente dois meses após o envio do mencionado reparo.

6. No que respeita à legalidade do Despacho Interno n.º 867/03/MEF, de 5 de Agosto, o Provedor de Justiça fez saber à Ministra de Estado e das Finanças que o mesmo correspondia a uma linha de orientação que não lhe parecia ser de rejeitar como opção de fundo, mas que continha vícios de natureza formal que dariam origem, muito provavelmente, a inúmeros recursos contenciosos,¹¹⁷ mormente em relação a requerimentos de aposentação provenientes de funcionários da Administração Regional e Local, a respeito dos quais os poderes de tutela e orientação daquele Ministério sobre a Caixa Geral de Aposentações eram legalmente discutíveis.

7. Com esta intervenção, a Provedoria de Justiça considerou esgotadas as suas possibilidades efectivas de intervenção, a propósito da matéria, tendo disso informado os reclamantes dos vários processos.

R-4068/03

Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Violação de direitos cometidos legalmente às comissões de trabalhadores.

¹¹⁷ As, actualmente, designadas acções administrativas especiais.

Objecto: Direito da comissão de trabalhadores da TAP – Transportes Aéreos Portugueses, S.A. à emissão de parecer prévio relativamente à reestruturação da TAP, efectuada no âmbito do respectivo processo de reprivatização.

Decisão: Concluiu-se não assistir razão à comissão de trabalhadores reclamante, pelo que o processo foi arquivado.

Síntese:

1. A Comissão de Trabalhadores da TAP – Transportes Aéreos Portugueses, S.A., solicitou a intervenção da Provedoria de Justiça, com vista à declaração de ilegalidade de todo o processo de reestruturação da TAP, designadamente, da cisão operada pela TAP, S.A., da qual resultou a criação de duas novas sociedades, a TAP – Serviços Portugueses de Handling, S.A. (TAP-SPdH, S.A.) e a TAP – Manutenção e Engenharia, S.A.. Fundamentava a sua pretensão no facto de tais medidas, por consubstanciarem uma reorganização das unidades produtivas e envolverem a diminuição de um grande número de efectivos da empresa, implicarem o pedido de parecer prévio à comissão de trabalhadores, nos termos do art. 33.º, *a)* e 24.º, *d)* da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, o que não foi feito.

2. Analisada a questão colocada verificou-se que o processo de reestruturação da TAP foi decidido pelo Governo e gizado em termos precisos nos vários diplomas legais citados na exposição (Decreto-Lei n.º 122/98, de 09 de Maio; Decreto-Lei n.º 34/2000, de 14 de Março; Decreto-Lei n.º 56/2003, de 28 de Março; Decreto-Lei n.º 87/2003, de 26 de Abril), revestindo especial importância o Decreto-Lei n.º 34/2000, de 14 de Março, que prevê a cisão da empresa com a consequente formação das duas novas sociedades. Assim, o processo de reestruturação em curso, e cuja legalidade era questionada pela reclamante, correspondia à execução de um plano previamente definido por lei.

3. Entendeu o Provedor de Justiça que, nesse contexto e nessa perspectiva, não haveria lugar à aplicação do art. 33.º, alínea *a)*, da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, não sendo razoável submeter à prévia apreciação da comissão de trabalhadores a execução de um plano ou projecto de reestruturação que foi decidido e delineado por lei. Ao proceder à reestruturação em apreço, o Conselho de Administração da TAP não estava a exercer o seu poder de gestão e decisão, estava apenas a executar um plano definido pelo legislador que não lhe compete questionar.

4. Neste contexto, mal se compreenderia a utilidade de submeter a execução desse plano ao parecer prévio da comissão de trabalhadores. Tal redundaria em mera formalidade esvaziada de sentido e utilidade real, o que não se compagina com os fins e a razão de ser do direito cometido às comissões de trabalhadores pelo art. 33.º da Lei n.º 46/79.

5. Acresce ainda o facto de a Provedoria de Justiça vir a entender, há algum tempo, que o incumprimento da obrigação de submissão a parecer prévio da comissão de trabalhadores – nos casos em que tal é obrigatório – não determina a nulidade do acto.

6. No âmbito do presente processo, concluiu-se, pois, não se justificar a submissão do plano de reestruturação da TAP à Comissão de Trabalhadores, porquanto tal plano foi decidido pelo Governo e consta da lei. Mais se concluiu que ainda que assim não fosse, o incumprimento da solicitação de parecer prévio não daria lugar à nulidade do processo invocada, sendo, tão somente passível de contra-ordenação, cuja aplicação compete à Inspeção-Geral do Trabalho.

R-4268/03

Assessor: Fátima Monteiro Martins

Assunto: Prazo para a apresentação do requerimento de subsídio de desemprego.

Objecto: Apresentação do requerimento de subsídio de desemprego fora do prazo legalmente previsto, devido ao atraso do Exército Português na passagem da declaração da situação de desemprego (modelo 346), e conseqüente indeferimento do mesmo.

Decisão: O Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa, após a reapreciação do processo, deferiu o requerimento de prestações de desemprego.

Síntese:

1. O reclamante solicitou a intervenção do Provedor de Justiça junto do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa, por lhe ter sido indeferido o seu requerimento de subsídio de desemprego.

2. Muito embora a decisão de indeferimento tenha sido proferida com fundamento na intempestividade com que o requerimento foi apresentado – fora do prazo de 90 dias legalmente estabelecido para esse fim –, alegou o reclamante não ser responsável pelo decurso do prazo, na medida em que o mesmo se deveu ao grande atraso com que a Escola Prática de Infantaria procedeu à passagem da declaração da sua situação de desemprego (modelo 346), documento de entrega obrigatória com o pedido das prestações de desemprego.

3. Analisada a legislação aplicável à questão exposta, verificou-se que o reclamante não recorreu ao meio expressamente previsto na lei para obviar a falta da entrega da declaração em causa, o qual lhe teria permitido não ser prejudicado pelo decurso do prazo dos 90 dias: o pedido da passagem do modelo 346 pela Inspeção-Geral do Trabalho.

4. Não obstante, a Provedoria de Justiça não pôde ficar indiferente ao facto de a entidade patronal do reclamante ser o Exército Português, entidade pública cujos serviços estão sujeitos às regras e princípios que regem a Administração Pública, designadamente o princípio da legalidade.

5. Por esse motivo, interveio junto do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa, para que fosse reapreciado o processo de atribuição de prestações de desemprego do reclamante, tendo em consideração ser compreensível que as suas expectativas fossem necessariamente diferentes das dos beneficiários cujas entidades empregadoras são privadas, e que, por se tratar de um serviço público, ele tivesse confiado no cumprimento dos prazos legalmente previstos por parte dos serviços do exército aos quais solicitou a passagem da declaração.

6. O centro distrital acatou a posição da Provedoria de Justiça e deferiu a concessão de subsídio de desemprego ao reclamante, com o pagamento das prestações desde a data do seu requerimento.

R-4422/03

Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Atribuição de pensão de velhice por antecipação de idade, nas situações de desemprego de longa duração.

Objecto: Indeferimento, pelo Centro Nacional de Pensões, dos requerimentos de pensão antecipada apresentados por dois beneficiários em situação de desemprego involuntário há mais de 4 anos, por terem exercido actividade profissional remunerada durante um único mês, no período de 12 meses que antecedeu o requerimento para a atribuição das pensões.

Decisão: Reavaliação dos dois casos, por parte do Departamento Jurídico do CNP, e deferimento dos requerimentos de pensão de ambos os beneficiários, considerando que *“a qualificação como desempregado de longa duração não é prejudicada pela celebração de contratos a termo por período inferior a seis meses, cuja duração conjunta não ultrapasse os doze meses”*.

Síntese:

1. Os reclamantes apresentaram uma queixa junto deste órgão do Estado, na sequência da intenção formalizada, pelo Centro Nacional de Pensões, de indeferir os seus requerimentos de pensão antecipada com fundamento no facto de ambos terem celebrado contratos a termo certo pelo período de um mês, nos 12 meses que antecederam a apresentação dos pedidos de reforma.

2. No entender do CNP, a actividade profissional remunerada prestada pelos interessados afastava-os do conceito de desempregados de longa duração, essencial à possibilidade de flexibilização da idade de reforma, prevista no artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril.

3. A Provedoria de Justiça discordou desta posição, argumentando que o conceito de desempregado de longa duração vinha estabelecido no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 64-C/89, de 27 de Fevereiro, onde se referia expressamente que *“a qualificação como desempregado de longa duração não é prejudicada pela celebração de contratos a termo por período inferior a seis meses, cuja duração conjunta não ultrapasse os doze meses”*. Mais se sublinhou que, posteriormente, em 29 de Julho de 2003, havia sido publicado o Decreto-Lei n.º 168/2003 que redefiniu o conceito de desempregado de longa duração, mantendo aproximadamente a mesma noção [“desempregados inscritos no centro de emprego há mais de 12 meses, independentemente de terem celebrado contratos de trabalho a termo, cuja duração conjunta, seguida ou interpolada, não ultrapasse os 12 meses” (cfr. artigo 3.º, alínea c))].

4. O CNP reconheceu a pertinência das considerações tecidas pela Provedoria de Justiça e deferiu as pensões antecipadas de ambos os reclamantes com efeitos reportados à data dos respectivos requerimentos.

P-02/04

Assessor: Isabel Pinto

Assunto: Acesso a cuidados de saúde por parte de cidadãos imigrantes em situação ilegal; processo de legalização de cidadãos imigrantes com o fundamento em doença que requeira assistência médica prolongada e que obste ao retorno ao país, a fim de evitar risco para a saúde do próprio, desde que devidamente certificada por declaração médica (cfr. art. 87.º, n.º 1, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro).

Objecto: Verificação junto dos respectivos serviços de saúde de qual o acompanhamento médico que vinha sendo prestado à cidadã imigrante em causa e apuramento do motivo que vinha fundamentando a alegada recusa de emissão de declaração médica, com vista à sua legalização.

Decisão: Arquivamento do processo com fundamento na cabal resolução do caso concreto, tanto ao nível dos cuidados de saúde, como no domínio da legalização da cidadã imigrante.

Síntese:

1. Através de uma reportagem veiculada pelos meios de comunicação social, chegou ao conhecimento do Provedor de Justiça – e motivou a abertura de um processo por sua iniciativa -, a situação de uma cidadã imigrante cabo-verdiana, vítima de um tipo irradiante de cancro do útero, cujo acesso a cuidados de saúde se vinha, alegadamente, circunscrevendo aos prestados no âmbito do Serviço de Urgência do Hospital Fernando Fonseca, S.A. (HFF), em razão de se encontrar em situação ilegal no nosso país.

2. Foi contactado o HFF, por se tratar do hospital da área de residência da interessada, tendo-se alertado a referida unidade de saúde para o

disposto no Despacho n.º 25360/2001, de 16 de Novembro, do Ministro da Saúde, o qual assegura o acesso a cuidados de saúde por parte de cidadãos imigrantes em situação ilegal.

3. No contacto mantido com o referido hospital constatou-se que a doente vinha sendo acompanhada na respectiva consulta de Ginecologia/Oncologia e ainda em consulta de Dor. Mais de apurou que o diferendo que a opunha ao HFF se prendia, fundamentalmente, com a emissão de uma declaração médica que possibilitasse a regularização da sua permanência em Portugal, junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, a coberto do art. 87.º, n.º 1, alínea *d*) do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro.

4. Informou ainda a referida entidade hospitalar que a emissão da declaração médica pretendida estava pendente do resultado de exames médicos, entretanto, realizados pela interessada e, bem assim, da discussão do caso interdisciplinarmente entre os especialistas de ginecologia e de oncologia.

5. Paralelamente, foi também contactado o Centro Social 6 de Maio, na qualidade de instituição de solidariedade social que se apurou estar a acompanhar a situação da interessada, tanto em matéria de legalização da sua permanência em Portugal, como em sede de acompanhamento a prestar à sua filha, de dois anos de idade.

6. De acordo com informações que se foram recolhendo junto desta última instituição, quanto aos três problemas em presença, apurou-se que:

- a interessada, por sua iniciativa, passou a ser seguida no Instituto Português de Oncologia (IPO), declarando-se desde então bastante satisfeita com o acompanhamento médico de que passou a beneficiar;
- o caso da sua filha menor (entretanto, entregue aos cuidados da sua madrinha de baptismo, por impossibilidade física da interessada) estava em vias de ser encaminhado para a comissão de protecção de menores local, com vista à regularização da referida situação de facto;
- o pedido de legalização da sua permanência em Portugal foi aceite pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteira. De salientar que, pese embora a interessada ter logrado obter a declaração médica em aná-

lise, a concessão do visto acabou por se fundamentar, a título principal, em regulamentação legal entretanto publicada, que veio possibilitar a regularização da sua situação por outra via.

7. Concluindo-se que a situação concreta desta cidadã imigrante estava resolvida, foi determinado o arquivamento do processo.

R-463/04

Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Atraso da ADSE no processamento e pagamento dos subsídios de acompanhante e complemento por dependência previstos no Decreto-Lei n.º 173/2001, de 31 de Maio.

Objecto: Situações concretas de dois beneficiários da ADSE que aguardam, respectivamente, desde 12.11.2001 e 1.06.2002, resposta aos requerimentos de complemento por dependência e subsídio de acompanhante que apresentaram.

Decisão: Intervenção junto do Director-Geral da Protecção Social aos Agentes e Funcionários da Administração Pública (ADSE), a qual motivou que o Secretário de Estado do Orçamento determinasse que se procedesse ao processamento das prestações sociais aqui em causa, impreterivelmente, até ao final do mês de Novembro de 2004. Formulação de chamada de atenção final à ADSE, alertando para a necessidade de conferir um tratamento urgente a esta matéria.

Síntese:

1. Em 3.02.2004, deu entrada na Provedoria de Justiça uma queixa de uma beneficiária da ADSE, reclamando do facto de aguardar, desde 12.11.2001, resposta ao requerimento de *complemento por dependência* que naquela data apresentou. Poucos dias depois, em 17.02.2004, foi recebida idêntica reclamação da parte de outro beneficiário da ADSE que aguarda, desde 1.06.2002, que o seu requerimento para atribuição de *subsídio de acompanhante* seja decidido.

2. Em face destas duas queixas, o Provedor de Justiça entendeu por bem solicitar esclarecimentos ao Director-Geral da ADSE sobre o assunto.

3. A ADSE veio, então, informar que fora apresentado *dossier* sobre a matéria ao Secretário de Estado do Orçamento e que este havia determinado que se procedesse ao devido processamento das prestações.

4. Não obstante a intenção assumida de regularizar esta situação, o Provedor de Justiça manteve fundado receio quanto à celeridade a ser concedida a esta acção, atendendo aos obstáculos orçamentais e organizatórios, igualmente, invocados na resposta da ADSE.

5. Assim, em 4.11.2004, fez notar ao Secretário de Estado do Orçamento e ao Director-Geral da ADSE que *“é repreensível o incumprimento da lei por parte da Administração, sobretudo, quando é certo que estão em causa direitos sociais de natureza tão particularmente sensível cuja exequibilidade tem sido comprometida pela inércia da Administração e que determinou um atraso que ascende hoje a três anos”*, alertando para a necessidade de ser conferida máxima urgência ao processamento e pagamento das prestações em apreço.

6. Em consequência desta diligência, o Secretário de Estado do Orçamento exarou, em 10.11.2004, o seguinte despacho: *“face aos antecedentes deste processo e à especial sensibilidade da matéria, determino que a ADSE inicie o pagamento destes subsídios impreterivelmente até ao final do mês de Novembro, sem prejuízo do cumprimento estrito das formalidades necessárias”*.

R-569/04

Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Depósitos de contratos de trabalhadores estrangeiros (Lei n.º 20/98, de 12 de Maio).

Objecto: Atraso da Inspeção-Geral do Trabalho (IGT) na efectuação dos depósitos de contratos de trabalhadores estrangeiros. Impossibilidade dos visados procederem, junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, à respectiva legalização para permanência em território nacional.

Decisão: Adopção de medidas pela IGT, com vista a resolver a situação dos excessivos atrasos verificados.

Síntese:

1. O reclamante – de nacionalidade indiana e a trabalhar em Portugal ao abrigo de uma autorização de permanência concedida pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – solicitou, em 16.12.2003, aos serviços da IGT de Lisboa, o depósito do seu contrato de trabalho, conforme determinado na Lei n.º 20/98, de 12 de Maio. A comprovação pela IGT – formalizada por escrito – de que o depósito do contrato se encontrava efectuado, demonstrava-se essencial à prorrogação da respectiva autorização de permanência junto do SEF.

2. Em Fevereiro de 2004, estando ainda por efectuar o depósito do contrato de trabalho que havia sido pedido em 16.12.2003, o interessado solicitou a intervenção da Provedoria de Justiça com vista à resolução do impasse em que se encontrava, tendo manifestado especial preocupação pelo facto de já ter sido chamado ao SEF para tratar da prorrogação da respectiva autorização de permanência e esta lhe ter sido negada por não dispor de prova da efectivação do depósito em causa.

3. Após intervenção da Provedoria junto da IGT, a situação específica do reclamante veio a ser resolvida. No entanto, entendeu-se que, não se confinando o problema ao caso concreto, entretanto resolvido, deveria ser feita uma intervenção mais abrangente junto da IGT, com vista a um esclarecimento da situação dos atrasos excessivos na efectivação dos depósitos dos contratos de trabalho de cidadãos estrangeiros que, a nível geral, se fazia sentir.

4. Nesta perspectiva, foi promovida uma reunião entre membros da Provedoria de Justiça e um representante da IGT de Lisboa, tendo sido possível obter esclarecimentos que permitiram concluir terem sido já tomadas medidas, com o objectivo de resolver o problema.

5. Essas medidas incluíram, por um lado, a criação do *Centro Nacional de Apoio ao Imigrante* (CNAI) – no âmbito do qual funciona um balcão do IDICT/IGT – cuja organização e funcionamento (dotada de meios técnicos e humanos) permitiu que os novos pedidos de depósito dos contratos de trabalho passassem a ser apreciados e despachados em poucos dias e, por outro lado, a previsão de reforço de recursos humanos dos Serviços do IDICT/IGT

sitos na Rua Gonçalves Crespo, com vista à total regularização dos pedidos em atraso.

6. Atentos os esclarecimentos obtidos a respeito das medidas adoptadas para resolução do problema em termos gerais e face à resolução do caso concreto do reclamante, o processo foi arquivado.

R-1015/04

Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Acesso dos imigrantes às prestações de desemprego.

Objecto: Não aceitação pelos centros de emprego da inscrição, como candidatas a emprego (nos termos e para os efeitos dos arts. 61.º, n.º 2 e 65.º, n.º 1, b) do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14/04), de cidadãos estrangeiros cuja autorização de permanência em território nacional se encontrava a ser apreciada, no âmbito de um processo de prorrogação, junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF). Consequentemente, tais cidadãos viam ser-lhes negado o acesso às prestações de desemprego a que legalmente tinham direito.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi devidamente ultrapassada, em termos gerais, a questão da recusa da inscrição dos trabalhadores estrangeiros nos centros de emprego, durante a pendência dos respectivos processos de prorrogação ou renovação, dos títulos de autorização de permanência ou de residência. Com efeito, por determinação superior do IEFP – Instituto do Emprego e Formação Profissional, os centros de emprego passaram a aceitar a inscrição, como desempregados, dos cidadãos estrangeiros portadores dos comprovativos de que os respectivos processos de autorização de permanência/residência se encontravam em fase de prorrogação/renovação junto do SEF.

Síntese:

1. Foram apresentados na Provedoria de Justiça alguns casos de recusa, por parte dos centros de emprego, de aceitação da inscrição, como

desempregados, de cidadãos estrangeiros. Tratava-se de trabalhadores que exerceram a sua actividade profissional em território português, ao abrigo de uma autorização de permanência, e que, na pendência da respectiva prorrogação, ficaram desempregados. Quando, nessa situação, se dirigiram ao centro de emprego da área da sua residência tendo em vista a sua inscrição como desempregados, viram esta ser-lhes negada por, não tendo a respectiva autorização de permanência válida, não serem considerados como “capazes e disponíveis para o trabalho”.

2. Deste facto – recusa de inscrição no centro de emprego – decorreu a impossibilidade de acederem às prestações de desemprego, já que a atribuição das prestações de desemprego depende da certificação de capacidade e disponibilidade para o trabalho passada pelo centro de emprego respectivo.

3. Num destes casos, o beneficiário não acedeu às prestações de desemprego, pelas razões supra expostas.

4. Diferentemente, noutro caso exposto à Provedoria de Justiça, o beneficiário acabou por aceder às prestações por ter, entretanto, obtido a prorrogação da autorização de permanência. Reclamava, contudo, o pagamento das prestações respeitantes ao tempo que decorreu entre a data do desemprego e a prorrogação da autorização de permanência (que lhe permitiu inscrever-se no centro de emprego e, conseqüentemente, aceder ao subsídio de desemprego).

5. Após intervenção da Provedoria de Justiça junto das várias entidades envolvidas na questão – IEF, SEF, e ISS – o assunto acabou por ser devidamente resolvido, em termos gerais. Por determinação superior do IEF – Instituto do Emprego e Formação Profissional, os centros de emprego passaram a aceitar a inscrição, como desempregados, dos cidadãos estrangeiros portadores dos comprovativos de que os respectivos processos de autorização de permanência/residência se encontravam em fase de prorrogação/renovação junto do SEF, podendo, desta forma aceder às prestações de desemprego, desde que reunidas as demais condições de atribuição.

6. O processo ainda se encontra em instrução para resolução dos casos concretos expostos à Provedoria de Justiça, tendo, entretanto o IEF dado indicações aos centros de emprego envolvidos, no sentido de procederem à rectificação das datas de inscrição dos interessados como candidatos a emprego.

Assunto: Acidente em serviço.

Objecto: Não qualificação pela Direcção Regional de Educação do Algarve como acidente em serviço, de agressão física infligida por aluno ao docente, durante a aula.

Decisão: A DREA reviu a sua posição e concordou em que a referida agressão integrava a noção legal de acidente em serviço, tendo decidido ressarcir o agredido dos danos sofridos, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro.

Síntese:

1. O reclamante, docente numa escola pública, sita no Algarve, foi agredido fisicamente por um aluno, no decurso de uma aula. Dessa agressão resultou uma lesão corporal.

2. Tal ocorrência não foi qualificada como acidente em serviço pela Direcção Regional de Educação do Algarve. Com efeito, entendeu a referida DREA que, muito embora o acidente sofrido pelo docente preenchesse os requisitos de tempo e lugar exigidos para a qualificação como acidente em serviço, constantes do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro, *ex vi*, art. 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, subsistiam “*outros elementos necessários à caracterização do acidente como sendo de serviço, designadamente, o nexó de causalidade entre a lesão e o exercício da actividade*”. Acrescentava, ainda, que “*Na verdade, torna-se necessária a existência de um risco de natureza profissional que possa conduzir a uma relação causa-efeito entre o acidente e a actividade em execução*, concluindo que “*na situação apreço, o evento lesivo resultou de um acto de terceiro, no caso concreto da agressão do aluno, sendo este o único responsável pela ocorrência, pelo que não se verificou um nexó de causalidade entre o exercício da actividade e a lesão*”.

3. Analisado o processo, concluiu-se que a apreciação feita pelo DREA não estava correcta, porquanto introduzia na análise do problema da qualificação dos acidentes em serviço uma nova exigência que não consta, nem da letra, nem do espírito da lei. Essa nova exigência consistia na verificação de um nexó causal entre o exercício efectivo da actividade profissional propria-

mente dita e o acidente, exigindo, ainda, que este se enquadrasse no âmbito do risco inerente ao exercício daquela profissão em concreto.

4. A lei, no entanto, não refere essa suposta exigência nem a sua *ratio* a pressupõe, como o prova o facto da lei incluir na noção de acidente em serviço aquele que ocorre nos trajectos de ida e de regresso para e do local de trabalho, bem como os acidentes ocorridos durante as interrupções normais de trabalho. Tais deslocações e interrupções são estranhas ao exercício da actividade laboral em si mesma e não integram qualquer risco inerente ao exercício de certa actividade profissional em concreto.

5. A lei apenas exige onexo causal entre o acidente e a lesão corporal, perturbação funcional ou doença, e não onexo causal entre o exercício da actividade e o acidente em si.

6. Assim, tendo-se verificado que o acidente ocorrera no local e tempo de trabalho do docente sinistrado, tendo a lesão corporal por este sofrida sido reconhecida imediatamente a seguir ao acidente (estando, assim, por força do art. 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, presumido onexo causal entre acidente e lesão corporal exigido na lei) e não se verificando qualquer das situações de descaracterização do acidente, taxativamente previstas no art. 7.º, da Lei n.º 100/97, *ex vi*, art. 7.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 503/99, haveria forçosamente que concluir-se que a ocorrência em análise integrava o conceito legal de acidente em serviço.

7. Face ao que antecede, foi solicitada à DREA a reapreciação do assunto e a consequente qualificação da agressão sofrida pelo docente como acidente em serviço. A posição do Provedor de Justiça foi acatada pelo DREA.

R-2611/04

Assessor: Rita Cruz

Assunto: Indeferimento do pedido de subsídio de desemprego.

Objecto: Extemporaneidade na apresentação do requerimento para obtenção de prestações de desemprego, ao abrigo da Lei n.º 17/86, de 14.06 (salários em atraso).

Decisão: Deferimento do pedido após reconhecimento de um erro de escrita relativa à data à qual o reclamante pretendeu reportar os efeitos da suspensão do seu contrato de trabalho (artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 17/86, de 14.06, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 401/91, de 16.10).

Síntese:

1. Em 21.01.02 o reclamante apresentou junto do Centro Distrital de Segurança Social de Castelo Branco um pedido de atribuição de prestações de desemprego, ao abrigo da Lei n.º 17/86, de 14 de Junho (Lei dos Salários em Atraso).

2. O centro distrital notificou o reclamante, em sede de audiência prévia da sua intenção de indeferir o pedido por apresentação extemporânea do mesmo, uma vez que na declaração de salários em atraso emitida pela entidade patronal constava o mês de Setembro de 2001 como último mês em dívida, devendo o prazo de 90 dias (artigo 61.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril) contar-se a partir daquela data.

3. O reclamante contestou tal intenção, alegando que a contagem desse prazo deveria reportar-se à data em que o mesmo notificou a sua entidade patronal e o Instituto de Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho (IDICT), de que pretendia suspender o seu contrato de trabalho.

4. Dispõe o artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 17/86, de 14 de Junho, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 402/91, de 16 de Outubro, que a suspensão do contrato de trabalho deve produzir os seus efeitos decorridos que estejam 10 (dez) dias da expedição das cartas dirigidas, quer à entidade patronal, quer ao IDICT.

5. Alegou o reclamante que redigiu e expediu tais comunicações em 23.10.01, não obstante, por mero erro de escrita, as tenha datado de 08.09.01.

6. O centro distrital reapreciou o pedido do reclamante na perspectiva do erro de escrita tendo decidido deferir o pedido e processar as prestações de desemprego.

Assunto: Subsídio de doença. Índice de profissionalidade.

Objecto: Recusa de atribuição de subsídio de doença, requerido por incapacidade temporária motivada por duas intervenções cirúrgicas. Não preenchimento do índice de profissionalidade a que se refere o art. 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 132/88, de 20 de Abril, devido ao facto de entre o término da incapacidade temporária motivada pela primeira cirurgia e a realização da segunda não ter mediado o intervalo de tempo necessário ao respectivo preenchimento.

Decisão: Atribuição ao beneficiário, pelo Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa, do subsídio de doença requerido.

Síntese:

1. O reclamante foi submetido a uma intervenção cirúrgica (ao ombro direito) em 11.09.2003, tendo ficado incapacitado para o trabalho até ao dia 15.02.2004, data em que retomou a sua actividade profissional.

2. Pouco tempo depois, inesperadamente, o referido beneficiário foi novamente notificado pelo Hospital de Santa Maria, com vista à realização de uma outra intervenção cirúrgica (ao ombro esquerdo).

3. Tal cirurgia, cuja marcação foi unilateralmente determinada pelos competentes serviços do hospital em causa, veio a realizar-se, em 25.03.2004, o que determinou que o beneficiário fosse confrontado com uma nova situação de incapacidade temporária para o trabalho.

4. Requerido o subsídio de doença respeitante ao período de incapacidade iniciado, em 25.03.2004, este veio a ser indeferido por não estar cumprido o índice de profissionalidade a que se refere o art. 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 132/88, de 20 de Abril.

5. Face a tal decisão, foi dirigida exposição ao Director do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa, na qual se observava que a decisão de indeferimento assentava numa visão isolada do preceito em apreço, rejeitando a devida ponderação dos demais direitos, de igual dignidade, que se encontravam em jogo: tratava-se de um conflito entre o direito à saúde e o direito à protecção na doença.

6. Com efeito, a marcação da segunda cirurgia, da qual resultou a situação de incapacidade temporária em apreço, foi determinada de forma unilateral pelos competentes serviços do Hospital de Santa Maria – hospital público –, não deixando, na prática, qualquer real opção ao reclamante.

7. Entendeu-se, assim, não ser legítimo, à luz dos princípios constitucional e legalmente vigentes, obrigar um cidadão a optar entre o direito à saúde – consubstanciado no acatamento da decisão clínica de se submeter à cirurgia na data indicada por um hospital público – e o direito à protecção da doença, durante o tempo em que, por ter exercido o direito à saúde, se viu impedido de trabalhar.

8. Aliás, o não cumprimento do índice de profissionalidade pelo beneficiário em questão foi, em última análise, consequência da execução de uma decisão emanada de uma entidade do sector público administrativo (Hospital de Santa Maria que marcou a intervenção cirúrgica).

9. Concluía, assim, a exposição remetida ao Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa que, atentas as circunstâncias excepcionais em que se enquadrava o caso em apreço – que em certa medida se afigura como integrando uma situação de *justo impedimento* –, se justificava a sua reapreciação, por forma a que o beneficiário pudesse aceder a uma prestação social que o legislador (nomeadamente, constitucional), manifestamente, não quis deixar de acautelar nestas situações.

10. A posição sustentada pela Provedoria de Justiça veio a merecer o devido acolhimento da parte do Director do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa, tendo, em consequência, sido atribuído ao beneficiário o subsídio de doença requerido.

R-2981/04

Assessor: Rita Cruz

Assunto: Subsídio familiar a crianças e jovens. Pagamento de bonificação por deficiência.

Objecto: Suspensão, pela Caixa de Previdência do Pessoal dos Telefones de Lisboa e do Porto, do pagamento da bonificação por deficiência correspondente ao subsídio familiar, com fundamento no incorrecto preenchimento do formulário apresentado para o efeito e na sua apresentação extemporânea.

Decisão: Reconhecimento, a título excepcional, do direito ao pagamento da bonificação por deficiência ao menor em questão, com efeitos a partir da data da respectiva suspensão.

Síntese:

1. Na sequência de uma doença grave (meduloblastoma-tumor cerebral) que afectou o seu filho, o beneficiário em causa requereu a atribuição da bonificação por deficiência do subsídio familiar a crianças e jovens.

2. Tendo apresentado a prova anual da deficiência justificativa do direito à bonificação, e não obstante a concessão pela Caixa de Previdência do Pessoal dos Telefones de Lisboa e do Porto (CPPTLP) de um prazo de 10 dias para regularizar a situação, o beneficiário viu o pagamento da mesma ser suspenso.

3. Efectivamente e de acordo com o artigo 58.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 133-B/97 de 30 de Maio, conjugado com o Decreto Regulamentar n.º 24-A/97, de 30 de Maio, a prova anual dos rendimentos para efeitos de manutenção do direito às prestações deve ser apresentada até 31 de Outubro de cada ano.

4. Sucede que não obstante o beneficiário ter apresentado tempestivamente (em 31.10.02) a prova anual que lhe permitia receber a bonificação do subsídio familiar a crianças e jovens, não efectuou, dentro do prazo que lhe foi conferido pela CPPTLP as correcções que foram solicitadas, o que determinou a suspensão do pagamento de tal bonificação.

5. Considerando a existência, em certa medida, de uma situação de justo impedimento (doença grave do filho) e ainda o facto de não existir, no presente caso, qualquer colisão entre interesse público e interesse privado, a Provedoria de Justiça sugeriu a reapreciação da questão por parte da CPPTLP, de modo a que à criança em causa fosse reconhecida e atribuída a bonificação pretendida, desde a data em que ocorreu suspensão do respectivo pagamento.

6. A pretensão do beneficiário veio a ser satisfeita.

R-3064/04

Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Subsídio de desemprego. Obrigação de restituição das quantias recebidas a título de subsídio de desemprego em caso de reintegração.

Objecto: Exigência, feita pelo Centro Distrital de Segurança Social de Setúbal, das prestações de desemprego pagas a uma beneficiária que, havendo sido despedida ilicitamente, veio a optar pela reintegração no seu posto de trabalho. As prestações em causa referiam-se ao período que mediou entre a data do despedimento e os 30 dias anteriores à propositura da acção em tribunal, sendo que a trabalhadora não recebeu por parte da empresa, em sede judicial, qualquer quantia referente a tal período, nem a título de indemnização nem a título de salários de tramitação.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi devidamente resolvida a questão suscitada pela interessada, tendo o centro distrital de segurança social em causa procedido à anulação da nota de reposição respeitante a tais quantias.

Síntese:

1. A Senhora D. ... foi despedida, em 31.08.1994, por decisão unilateral da respectiva entidade empregadora, tendo auferido, entre 01.09.1994 e 16.09.1996, o subsídio de desemprego a que legalmente tinha direito.

2. Não se conformando com o despedimento de que fora alvo, impugnou-o judicialmente, mediante acção proposta em 31.07.1995.

3. O processo judicial correu os seus termos e o Tribunal da Relação de Évora veio a declarar a ilicitude do despedimento, tendo, a interessada, em consequência, optado pela reintegração no seu posto de trabalho.

4. Por efeito da declaração judicial da ilicitude do despedimento, foi a entidade patronal condenada a pagar à trabalhadora *“os salários vencidos desde 01/07/1995 e até 16/06/1996, deduzindo-se nestes os rendimentos eventualmente auferidos pela A., durante este período, em actividades iniciadas após o seu despedimento, ou o subsídio de desemprego pago pela Segurança Social (...)”*.

5. Em cumprimento da sentença, foram restituídas à segurança social pela Secretaria-Geral do Ministério das Finanças, as quantias respeitantes ao subsídio de desemprego pagas à beneficiária entre 01/07/1995 e 16/09/1996.

6. Dessa forma, foram restituídas à segurança social parte das quantias auferidas pela beneficiária a título de subsídio de desemprego (respeitantes ao período que decorreu entre 01.07.95 e 16.09.96), ficando de fora o

período que mediou entre 01.09.1994 e 30.06.95 (ou seja, aquele que decorreu entre a data do desemprego e os 30 dias anteriores à propositura da acção judicial).

7. Posteriormente, veio o CDSS de Setúbal exigir à beneficiária a restituição das quantias pagas a título de desemprego durante o período que mediou entre 01/09/94 e 30/06/95.

8. O pedido de restituição formulado pela segurança social à beneficiária fundamentou-se, inicialmente, no art. 33.º, do Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13/03, então em vigor. Contudo, tal não se afigurava correcto, já que não se verificava qualquer situação de acumulação de prestações compensatórias da perda de remuneração. No período em apreço – ou seja, entre 01.09.1994 e 30.06.1995 –, a beneficiária não auferiu qualquer remuneração ou outra prestação compensatória da perda de remuneração, que não o subsídio de desemprego.

9. Auscultados telefonicamente os competentes serviços da segurança social acerca dos fundamentos que determinaram a cobrança de tais quantias à beneficiária, foi referido ser entendimento do CDSS em causa que, tendo o despedimento da beneficiária sido considerado ilícito e tendo esta optado pela reintegração no posto de trabalho que ocupava, não se configurava a situação de desemprego involuntário.

10. Intervindo junto do referido CDSS, a Provedoria de Justiça fez notar que no âmbito de um processo similar anteriormente instruído neste órgão do Estado, o então Secretário de Estado da Segurança Social se havia pronunciado acerca do entendimento que deve ser dado ao conceito de desemprego involuntário, quando esteja em causa um despedimento promovido pela entidade patronal. Tal parecer – indo ao encontro da posição, então, defendida pela Provedoria de Justiça deu origem à emissão, por parte da então denominada Direcção-Geral da Solidariedade e Segurança Social, de uma a Orientação Técnica (Ref.ª IT-333/99, Circular n.º 9, de 19.07.2001).

11. Embora a situação analisada nos referidos documentos não coincidissem com a ora em apreço – já que a situação ali visada se referia aos trabalhadores que, tendo sido despedidos sem justa causa, vieram a optar pela indemnização em vez da reintegração foi possível retirar das explanações ali constantes o que deve ser entendido como desemprego involuntário para efeitos de atribuição de subsídio de desemprego, quando esteja em causa um despedimento promovido unilateralmente pela entidade patronal.

12. Com interesse para o presente caso pode ler-se da referida orientação técnica que “(...) *tal entendimento* ¹¹⁸ *faz recair um ónus gravoso sobre o trabalhador não culpado em oposição à atitude que se tem perante aquele que, dando causa ao despedimento, não recorre à via judicial ou, recorrendo, no âmbito desta é considerada a existência de justa causa de despedimento*”. E, mais abaixo: “*Nas situações de transacção judicial não entra o julgador na análise do mérito da causa (...) pelo que, não deverá ser afectada a caracterização inicial de involuntariedade do desemprego*”.

13. Baseada nessa orientação técnica, defendeu a Provedoria de Justiça que, tendo sido entendido pela segurança social que mesmo nos casos em que o trabalhador opte por fazer cessar o seu contrato de trabalho, no âmbito de uma transacção judicial, não deve ser afectada a caracterização inicial da involuntariedade do desemprego, por maioria de razão essa mesma caracterização não deverá ser afectada nos casos em que o trabalhador opte pela *reintegração*, relativamente ao período em que, de facto, esteve desempregado e sem auferir salários.

14. A *reintegração* é uma ficção jurídica criada para “apagar”, tanto quanto possível, os efeitos do acto ilícito que o despedimento sem justa causa consubstancia. Pretende-se restabelecer a situação existente antes do despedimento como se este nunca tivesse ocorrido, numa perspectiva, inequívoca, de salvaguarda dos interesses do trabalhador.

15. Não obstante, se tal construção jurídica está correcta em termos de princípio, não poderá ser cega à situação vivida pelo trabalhador durante o tempo em que, de facto, viu a sua relação de trabalho interrompida. Uma tal interpretação contenderia com a *ratio legis* da noção de *reintegração* e com os fins (de protecção do trabalhador) que o legislador visou acautelar.

16. O tempo em que a beneficiária em apreço esteve de facto ¹¹⁹ numa situação de desemprego e durante o qual não auferiu de facto quaisquer rendimentos para além do subsídio de desemprego (ou seja, entre 01.09.1994 e 30.06.1995), não poderá deixar de ser entendido como configurando uma

¹¹⁸ De acordo com o qual a cessação do contrato de trabalho nos casos em que o trabalhador opte pela indemnização deriva da vontade deste e, por conseguinte, não configura uma situação de desemprego involuntário.

¹¹⁹ Embora tal período venha, *à posteriori*, a ser juridicamente considerado como uma situação de emprego.

situação de desemprego involuntário para efeitos de atribuição do subsídio de desemprego. Outra interpretação, para além de injusta, contraria frontalmente a *ratio legis* do conceito legal de reintegração, fazendo prevalecer de forma inaceitável a verdade formal sobre a verdade material.

17. A conclusão supra alcançada reflecte, aliás, o que de forma inequívoca tem sido entendido pela maioria da jurisprudência.

18. Concluiu-se, assim, que não impedia sobre a beneficiária em apreço a obrigação de restituir à segurança social as quantias respeitantes ao subsídio de desemprego que auferiu entre 01/09/1994 e 30/06/95, carecendo totalmente de fundamento a cobrança de tais quantias por parte da segurança social.

19. Face ao que antecede, foi solicitada a reapreciação do assunto e a consequente anulação da exigência de reposição das quantias auferidas pela beneficiária entre 01/09/1994 e 30/06/95, a título de subsídio de desemprego. A posição do Provedor de Justiça veio a ser acatada pelo Instituto da Segurança Social, IP.

2.3.3. Pareceres

R-3961/03

Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Departamento de Consultoria Médica e de Verificação da Doença da ADSE

Assunto: Aplicação do artigo 49.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, em conjugação com o Despacho Conjunto dos Ministros das Finanças e da Saúde n.º A-179/89-XI, de 18 de Setembro, sobre doenças incapacitantes que exigem tratamento oneroso e prolongado.

Síntese:

1. O reclamante, funcionário público, acometido de um esgotamento físico e psíquico faltou ao serviço durante 18 meses consecutivos (limite máximo de faltas por doença de acordo com o artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março (regime de férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da administração central, regional, e local). Após esse lapso de tempo e não se encontrando restabelecido para retomar a sua actividade profissional, requereu a passagem à situação de aposentado por invalidez, ao abrigo do artigo 47.º, n.º 1 a) do mesmo diploma, pretensão essa que acabou por ser deferida pela Caixa Geral de Aposentações.

2. Sucede que a junta médica da ADSE chamada a pronunciar-se sobre a incapacidade temporária do reclamante para o serviço (em aplicação do artigo 6.º, alínea g) do Decreto Regulamentar n.º 41/90, de 29 de Novembro) não a classificou como “doença incapacitante que exige tratamento oneroso e prolongado”, nos termos do Despacho Conjunto dos Ministros das Finanças e da Saúde n.º A-179/89-XI, de 18 de Setembro. Tal circunstância impediu o interessado de ver contado aquele período (18 meses) para efeitos de antiguidade, promoção e progressão na carreira, acarretando a impossibi-



lidade de ver reflectido no cálculo da sua pensão a passagem para o 6.º escalão, índice 500, que deveria ter ocorrido durante a sua ausência.

3. Em face do exposto, o reclamante pretendia a intervenção da Provedoria de Justiça, no sentido de pugnar junto da ADSE pela interpretação da expressão “doenças graves e invalidantes do sistema nervoso central e periférico e dos órgãos dos sentidos”, contida no despacho conjunto já assinalado, como englobando a “ruptura psicótica” de que padeceu.

4. Auscultado sobre a matéria, o Departamento de Consultadoria Médica de Verificação de Doenças da ADSE veio informar que tratando-se de uma opinião médica emitida ao abrigo da discricionariedade técnica que assiste aos profissionais da saúde, a deliberação de não classificar a doença do reclamante de “doença incapacitante que exige tratamento oneroso e prolongado” não era passível de recurso. Em segundo lugar, o departamento fez ainda notar que após estudo do Regulamento das Doenças, Traumatismos e Causas de Morte, da autoria da Organização Mundial de Saúde, acolhido no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 513-C1/79, de 27 de Dezembro, se conclui que as doenças que o legislador nacional pretendeu contemplar na expressão “doenças graves e invalidantes do sistema nervoso central e periférico e dos órgãos dos sentidos” são apenas aquelas constantes do grupo VI daquela lista, o qual tem como epígrafe uma expressão em tudo semelhante “doenças do sistema nervoso e dos órgãos dos sentidos” Ou seja, não cabem naquela definição as doenças previstas no grupo V da mesma lista, sob a epígrafe “transtornos mentais”.

5. Analisada a argumentação expendida pela ADSE, a Provedoria de Justiça reconheceu-lhe razoabilidade e legitimidade, tendo arquivado o processo mediante o envio ao reclamante de uma elucidação fundamentada nos termos que seguem:

O interessado discorda do facto da doença que esteve na origem, inicialmente, da sua incapacidade temporária para o serviço e, em fase posterior, da sua incapacidade definitiva para o serviço e conseqüente passagem à situação de aposentado, não ter sido classificada como *doença incapacitante que exige tratamento oneroso e prolongado*, nos termos do Despacho Conjunto dos Ministros das Finanças e da Saúde n.º A-179/89-XI, de 18 de Setembro.

Caso o tivesse sido, a título excepcional e por aplicação do disposto no art. 49.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março (regime jurídico das férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da administração cen-

tral, regional e local) as faltas por doença que foi obrigado a dar – durante 18 meses – não teriam descontado para efeitos de antiguidade, promoção e progressão, pelo que teria visto reflectido no cálculo da sua pensão, a passagem para o 6.º escalão, índice 500 que deveria ter tido lugar, em 18.10.2001.

Ora, não tendo a junta médica da ADSE – quando chamada a pronunciar-se sobre a matéria a pedido da Direcção-Geral da Administração da Justiça –, ao abrigo do artigo 6.º, alínea g) do Decreto Regulamentar n.º 41/90, de 29 de Novembro, considerado a sua doença como integrante do referido diploma, aplicou-se a regra prevista no artigo 29.º, n.º 3 do DL n.º 100/99 que determina que “*as faltas por doença descontam na antiguidade para efeitos de carreira quando ultrapassem 30 dias seguidos ou interpolados em cada ano civil.*” Por esse motivo, foi declarado à Caixa Geral de Aposentações que o interessado se encontrava posicionado no escalão 5, índice 470 para efeitos de aposentação.

Não se conformando com esse entendimento, o reclamante solicitou a intervenção da Provedoria de Justiça, com o objectivo de:

- a) conhecer a decisão tomada pelo Departamento de Consultoria Médica de Verificação de Doenças da ADSE, a propósito do recurso hierárquico que sobre a matéria interpôs, em 23.09.2002 e sobre o qual afirma não ter logrado obter informações;
- b) ver revogado o acto que lhe reconheceu o direito à aposentação;
- c) ser readmitido no lugar e com as funções que desempenhava antes de se aposentar.

I. Quanto à primeira das pretensões, auscultou-se o Departamento de Consultoria Médica de Verificação de Doenças da ADSE, tendo sido obtida a informação de que o Decreto Regulamentar n.º 41/90, de 29 de Novembro, não prevê qualquer possibilidade de recurso das decisões das juntas médicas tomadas ao abrigo do artigo 6.º, g) que determina que “*competem à junta médica da ADSE, quando solicitada pelas entidades competentes, pronunciar-se sobre situações de doença que devam ser objecto de deliberação pela junta médica da Caixa Geral de Aposentações.*”

Compreende-se que assim seja, na medida em que aquela junta médica apenas reuniu a pedido da Direcção-Geral da Administração da Justiça para emitir um parecer técnico sobre se a doença que determinou a sua

aposentação por invalidez – “*ruptura psicótica*” – se encontrava, ou não, prevista no Despacho Conjunto n.º A-179/89-XI, de 18 de Setembro.

Ora, este tipo de deliberações técnicas distinguem-se das chamadas deliberações administrativas por não terem repercussão directa e automática na esfera jurídica dos examinados, ao contrário das segundas que podem determinar, entre outros, a necessidade de determinado funcionário se apresentar ao serviço por ser considerado apto para tal.

Como bem se compreende, quanto às primeiras não existe na lei qualquer possibilidade de recurso, a discricionariedade técnica é total.

Assim sendo, também ao Provedor de Justiça está vedado sindicarem tais deliberações, sob pena de comprometimento da actividade médica. Isto, claro está, quando não se verificarem situações de erro grave ou manifesto.

Tal não aconteceu, de facto, neste caso, como se procurará explicar de seguida:

“*Doenças incapacitantes que exigem tratamento oneroso e prolongado*” são para efeitos de aplicação do artigo 49.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, apenas e só as contempladas no despacho conjunto aqui em análise. Como bem se compreende, à data em que aquele diploma foi elaborado, já existiam outras doenças passíveis de obrigar a um tratamento longo e dispendioso, tendo o legislador pretendido apenas acautelar, de forma especial, aquelas ali elencadas.

Assim sendo, é errado e impróprio pretender-se que toda e qualquer doença que incapacite um funcionário em concreto para a sua actividade, durante 18 meses, deveria ser entendida como susceptível de desencadear a atribuição dos benefícios legais consagrados no referido artigo 49.º.

Além do mais, há um argumento de ordem técnico-científica que fundamenta, com toda a razoabilidade, o facto da “*ruptura psicótica*” que levou o interessado a ser considerado incapaz para o exercício da sua actividade não ser passível de ser considerada como uma “*doença grave e invalidante do sistema nervoso central e periférico e dos órgãos dos sentidos*”.

Com efeito, o Regulamento das Doenças, Traumatismos e Causas de Morte, da autoria da Organização Mundial de Saúde, acolhido no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 513-C1/79, de 27 de Dezembro, que inspirou a elaboração do despacho conjunto aqui em causa, distingue claramente entre “*doenças graves e invalidantes do sistema nervoso central e periférico e dos órgãos dos sentidos*” – que constam do grupo VI daquela lista,

o qual tem como epígrafe uma expressão em tudo semelhante “doenças do sistema nervoso e dos órgãos dos sentidos”¹²⁰ e “transtornos mentais” – que constam do grupo V da mesma lista e incluem estados psicóticos orgânicos senis e pré-senis, psicoses várias e estados paranóides.

Perante a classificação proposta pela OMS e, formalmente, aceite pelo Estado português, dúvidas não restam de que só devem ser integradas no conceito de “doença grave e invalidante do sistema nervoso central e periférico e dos órgãos dos sentidos” aquelas doenças elencadas no grupo VI do dito regulamento.

Isso mesmo teve o Departamento de Consultoria Médica e de Verificação da Doença oportunidade de transmitir às várias secções de juntas médicas da ADSE, a nível nacional, quando no início da vigência do Despacho Conjunto n.º A-179/89-XI – há cerca de 15 anos – se suscitaram dúvidas e questões a este propósito.

II. Quanto às duas restantes pretensões do reclamante, nomeadamente, a de ver revogado o acto que lhe reconheceu o direito à aposentação e a de ser readmitido no lugar e com as funções que desempenhava antes de se aposentar, oferece-se tecer as seguintes observações:

Nos termos do Decreto-Lei n.º 498/72, de 9/12 (Estatuto da Aposentação – E.A.), “concluída a instrução do processo, a administração da Caixa, se julgar verificadas as condições necessárias, proferirá resolução final sobre o direito à pensão de aposentação e sobre o montante desta, regulando definitivamente a situação do interessado” (cfr. artigo 97.º, n.º 1).

Assim sendo, a revogação de resoluções só é possível, ao abrigo do artigo 102.º do E.A., ou seja, quando tais resoluções sejam ilegais ou contenham erros de escrita ou de cálculo. Ora, não se vislumbra no processo de aposentação por invalidez em análise qualquer ilegalidade, tendo sido cumpridas todas as exigências legais, em especial, a confirmação por junta médica da CGA competente para o efeito da incapacidade absoluta e permanente para o exercício das suas funções.

Essa incapacidade, ao decorrer de uma apreciação médica que a atesta, não é susceptível de ser invocada e, posteriormente repudiada pelos

¹²⁰ Como sejam as meningites.



interessados, em função dos seus interesses pessoais em cada momento. Quer isto dizer que tendo sido requerida voluntariamente, a passagem à aposentação por invalidez e tendo essa invalidez sido reconhecida pelos médicos chamados a pronunciar-se, não existe qualquer base legal para obviar às eventuais consequências legais dessa apreciação médica em sede de pensão, pois ao consolidar-se na esfera jurídica do requerente o direito à aposentação, deixou de estar na sua disponibilidade a possibilidade de contestar a invalidez que lhe foi reconhecida.

Menos ainda se afigura viável, a sua readmissão no lugar que ocupava antes de passar a ser pensionista, quanto mais não fora, dado que o subscritor desligado do serviço abre vaga para esse mesmo lugar, deixando o mesmo de estar disponível para reacolher o seu anterior titular (cfr. artigo 99.º, n.º 3 do EA).

Em face das considerações supra tecidas, a Provedoria de Justiça considerou não assistir razão ao reclamante, termos em que foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo da alínea *b*) do artigo 31.º da Lei 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).



2.3.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-2514/99

Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: Inspeção-Geral da Saúde

Assunto: Processo de inquérito a factos relacionados com a assistência médica prestada num parto, no Hospital de São Francisco de Xavier.

Na sequência da análise do relatório final e conclusões enviados a este órgão do Estado, a coberto de ofício, que muito agradeço, verifica-se que, *à data dos factos, detendo a Sra. Dra. (...) um contrato de avença com o Hospital de São Francisco Xavier, há impedimento legal para o accionamento de responsabilidade disciplinar ao abrigo do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Pública Central, Regional e Local (ED) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, por força da conjugação dos artigos 1.º, n.º 1, do referido Estatuto, e o artigo 17.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro* (sublinhado nosso).

Em face do exposto e atento o impedimento legal em concreto, que impossibilita a Inspeção-Geral da Saúde de exercer poder disciplinar, permito-me solicitar a V. Ex.^a, a melhor atenção para a identificação prévia destas situações, por forma a que, em casos futuros, de idêntica natureza, na ausência de vínculo à função pública que permita a aplicação do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Pública Central, Regional e Local, seja remetida cópia da documentação relevante à Ordem dos Médicos, para que, nos termos do artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de Agosto, que aprova Estatuto Disciplinar dos Médicos, aquela Ordem, possa exercer as suas competências, instaurando o competente procedimento disciplinar.



Na verdade, apenas nessa situação se poderá assegurar a efectiva responsabilização dos médicos que, eventualmente, tenham sido autores de condutas passíveis de censura em termos disciplinares.

No que se refere ao caso concreto, justifica-se que a IGS remeta ao Conselho Disciplinar Regional do Sul da Ordem dos Médicos (Av. Almirante Reis, n.º 242, 4.º Dt.º, 1000-057 Lisboa) a documentação que considere relevante com vista à eventual abertura de processo disciplinar naquela entidade. Na verdade, apesar de decorridos quase 5 anos desde a data da ocorrência dos factos, verifica-se que o procedimento disciplinar prescreve no mesmo prazo que o procedimento criminal (cfr. artigo 9.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de Agosto), pelo que estando em curso uma acção no Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, ainda é oportuna a actuação de V. Ex.ª.

R-3562/99
Assessor: Rita Cruz

Entidade visada: Instituto de Solidariedade e Segurança Social

Assunto: Atraso no processamento e pagamento de prestações de desemprego.

Desde 1999 que têm vindo a ser apresentadas junto deste órgão do Estado, pelo beneficiário identificado em epígrafe, sucessivas reclamações relativas a atrasos no recebimento do subsídio de desemprego.

A primeira reclamação remonta a 01.09.99. No âmbito da instrução do processo, foi possível apurar, nessa data, junto do então Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo, que o atraso no pagamento da referida prestação social se deveria a problemas de natureza informática.

Com efeito, de acordo com as informações então prestadas pelo serviço de desemprego do referido centro regional, constaria no sistema informático, em nome deste beneficiário, um código errado de “pensionista de invalidez” que, todos os meses, ao ser accionado determinava o cancelamento automático do pagamento da prestação de desemprego ao beneficiário em questão.

De acordo com informações obtidas por este órgão do Estado junto do Centro Nacional de Pensões o beneficiário foi *pensionista social de invalidez*

desde 08.03.1983 até 18.06.1998, data em que aquela pensão foi suspensa, alegadamente por ter iniciado o exercício de uma actividade profissional.

Identificado o problema foi este órgão do Estado informado pelos serviços de segurança social de que o mesmo iria ser solucionado.

No entanto, tal não veio a suceder e, em Setembro de 2003, o reclamante voltou a queixar-se ao Provedor de Justiça com o mesmo fundamento da queixa anterior.

Auscultado o serviço de segurança social de Vila Franca de Xira, foi este órgão do Estado informado de que persistia a deficiência no sistema informático, cuja origem radicaria nas bandas magnéticas remetidas pelo Centro Nacional de Pensões àquele Centro Distrital. Mais uma vez foi informado que iriam ser tomadas as medidas necessárias com vista à resolução definitiva deste problema.

Sucede, porém, que em Abril de 2004 voltou a verificar-se novo atraso, do qual o beneficiário deu de imediato conhecimento a este órgão do Estado, alegando os prejuízos sérios que estes sucessivos atrasos vinham provocando na sua situação económico-financeira, já de si débil.

Foram novamente efectuadas diligências instrutórias junto do serviço de segurança social de Vila Franca de Xira que confirmou manter-se o problema, não existindo qualquer previsão para a sua erradicação ou solução definitiva.

Como V. Ex.^a bem compreenderá não se afigura aceitável que o pagamento de uma prestação social como o subsídio de desemprego, destinada a colmatar a ausência de rendimentos do trabalho, possa sofrer sistematicamente um atraso, causando sérios prejuízos nos seus destinatários.

Acresce que o problema detectado evidencia alguma fragilidade na articulação entre o serviço de segurança social de Vila Franca de Xira e o Centro Nacional de Pensões, ambos integrados nesse Instituto.

A este propósito refiram-se o princípio do primado da responsabilidade pública previsto na Lei de Bases da Segurança Social ¹²¹ segundo o qual compete ao Estado o dever de criar as condições necessárias à efectivação do direito à segurança social designadamente através do cumprimento da obrigação constitucional de organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segu-

¹²¹ Art. 15.º da Lei n.º 35/2002, de 20 de Dezembro.

rança social, bem como o princípio da eficácia que consiste na concessão oportuna das prestações legalmente previstas ¹²².

Neste contexto e porque compete ao Provedor de Justiça assegurar a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos, uma situação como a descrita não poderia deixar de ser objecto de um reparo – o que formulo por esta via, no uso da competência que me foi delegada por Sua Excelência o Provedor de Justiça, nos termos dos artigos 33.º e 16.º, n.º 2 do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, – no sentido de serem tomadas medidas adequadas com vista à resolução não só do caso concreto, como também de todas as situações idênticas.

Nota: Foi prestada resposta pelo Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa, o qual informou que se prevê que com a entrada em funcionamento, em breve, da nova aplicação informática de desemprego, fiquem colmatadas as deficiências do sistema que originaram o atraso sistemático no pagamento do subsídio de desemprego do beneficiário.

R-947/02

Assessor: Luisa Falcão de Campos

Entidade visada: Caixa Geral de Aposentações

Assunto: Reparo à actuação da Caixa Geral de Aposentações quanto à forma de contagem do tempo de serviço prestado na ex-Federação das Caixas de Previdência e Abono de Família.

Reporto-me ao assunto supra referenciado, permitindo-me chamar a especial atenção de V. Ex.^a para a actuação da Caixa Geral de Aposentações (CGA) no tratamento conferido a este processo. Efectivamente:

1. Em 13.09.2002, através de ofício, a Provedoria de Justiça suscitou junto da CGA a reapreciação do processo do aposentado em causa, por forma a que fosse reconsiderada a contagem do tempo de serviço que o mesmo prestara na ex-Federação das Caixas de Previdência e Abono de Família no

¹²² Art. 20.º da Lei n.º 35/2002, de 20 de Dezembro.

período compreendido entre 6.07.1971 e 7.09.1976, nos termos do disposto nos artigos 37.º, n.º 1, e 38.º do Decreto-Lei n.º 137/80, de 20/05.

2. Em 16.01.2003, através de ofício, a CGA comunicou que não acolhia a posição sustentada por este órgão do Estado.

3. Em 16.03.2004, através de ofício, a Assembleia da República dirigiu à CGA o Requerimento n.º 1078/IX/2.^a, em que se suscita a reapreciação do assunto com o mesmo fundamento legal.

4. Em 22.04.2004, através de ofício, a CGA comunica à Assembleia da República (e simultaneamente ao aposentado) que decidiu “*revogar o despacho de 2002.02.31, na parte em que considerou o serviço prestado no período de 1971-07-06 a 1976-09-06 excluído da previsão do n.º 1 do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 137/80, de 20 de Maio*”.

5. Ou seja, perante a Assembleia da República, e tendo em atenção a mesma situação de facto e de direito, a CGA tomou uma decisão completamente contrária à que comunicara anteriormente à Provedoria de Justiça. Verifica-se que, afinal, a CGA acaba por acolher a posição sustentada pela Provedoria de Justiça e, sobretudo, que é finalmente satisfeita a pretensão do aposentado.

6. Neste contexto, não posso deixar de me congratular com a decisão agora tomada pela CGA e que em definitivo reconhece o direito do aposentado à contagem do referido tempo de serviço nos termos do referido diploma legal. Em face disso, foi determinado o arquivamento do processo neste órgão do Estado.

7. Porém, o que dificilmente se compreende e se pode aceitar é que a CGA não tenha apreciado devida e oportunamente a situação aquando da interpeleção inicial da Provedoria de Justiça ou, no mínimo, que não tenha comunicado a este órgão do Estado a decisão entretanto assumida junto da Assembleia da República, atento, nomeadamente, o dever de cooperação consagrado no artigo 29.º da Lei n.º 9/91, de 9/04 (Estatuto do Provedor de Justiça).

É neste contexto que formulo o presente reparo, estando convicto do empenhamento do Conselho de Administração dessa Caixa, no sentido de obstar a que situações similares se repitam.

Nota: A Caixa Geral de Aposentações respondeu à Provedoria de Justiça, assumindo o erro cometido quanto ao facto de não ter dado conhecimento oportuno da alteração da posição adoptada, lamentando o sucedido e afirmando ter tomado as providências necessárias para que o mesmo não venha a suceder no futuro.

Entidade visada: Cofre de Previdência dos Funcionários e Agentes do Estado
Assunto: Alteração do valor do subsídio por morte e correlativas quotas. Auditoria ao Cofre de Previdência dos Funcionários e Agentes do Estado.

Reporto-me ao ofício, que agradeço.

Atento o respectivo teor, faço notar que impende sobre o Provedor de Justiça o dever de sigilo, nos termos consagrados no artigo 12.º, da Lei n.º 9/91, de 09/04 (Estatuto do Provedor de Justiça).

De qualquer modo, no exercício da suas competências, o Provedor de Justiça deve participar ao Ministério Público “*quando no decurso do processo resultarem indícios suficientes da prática de infracções criminais ou disciplinares ou contra-ordenações*” (artigo 35.º, n.º 1, do referido diploma legal).

No entanto, considerando que a actual direcção do cofre se encontra a analisar os relatórios de auditoria entretanto solicitados, bem como estão em curso outras diligências relativas ao cabal esclarecimento da situação do cofre, conclui-se que não se encontram, ainda, suficientemente apurados todos os factos em questão.

Neste contexto e neste momento, não se justifica tal tipo de participação por parte da Provedoria de Justiça.

Faço notar, porém, que essa direcção deverá participar ao Ministério Público quaisquer factos que indiciem a prática de ilícitos criminais que, eventualmente, venham a ser apurados no âmbito do processo de averiguações em curso.

De qualquer modo, verificando-se pelos documentos juntos ao processo que a actividade do cofre está a ser devidamente acompanhada por revisores oficiais de contas, certamente que os mesmos, caso tal se justifique, não deixarão de fazer tal participação, atento o disposto no artigo 64.º, do Decreto-Lei n.º 422-A/93, de 28 de Fevereiro.

Em face do exposto, e não se justificando qualquer diligência adicional da Provedoria de Justiça, informo que foi decidido proceder ao arquivamento do processo neste órgão do Estado, sem prejuízo de reabertura caso tal se venha a justificar.

Entidade visada: Conselho Disciplinar Regional do Sul da Ordem dos Médicos

Assunto: Condução de processo disciplinar.

O processo disciplinar identificado em epígrafe, que correu termos nesse Conselho Disciplinar Regional do Sul na sequência do encaminhamento feito pela Provedoria de Justiça da queixa apresentada por (...), foi arquivado com base no seu acórdão de 02.03.2004, conforme foi dado a conhecer através do ofício, que agradeço.

Acontece, porém, que após a devida apreciação dos fundamentos da deliberação de arquivamento proferida, não pôde este órgão do Estado deixar de verificar a necessidade do seu esclarecimento.

Com efeito, o parecer do relator do processo, para cujos termos e razões remeteu o acórdão desse Conselho Disciplinar, não parece reunir todos os elementos necessários para a devida fundamentação e esclarecimento dos motivos pelos quais a conduta denunciada do médico ortopedista do Hospital Fernando Fonseca, Dr. (...), não configura infracção disciplinar passível da aplicação de uma pena nos termos previstos no Estatuto Disciplinar dos Médicos.

Resulta desse parecer do relator, após a auscultação da direcção clínica do estabelecimento hospitalar e do Colégio da Especialidade de Ortopedia, que tendo havido da parte do médico participado um *“erro desculpável que não acarretou consequências gravosas para o doente”* não se pode falar em negligência ou má prática médica, havendo *“um manifesto exagero do participante no ênfase que põe na alegada enorme gravidade do caso”*.

Ora, em primeiro lugar, constata-se, desde logo, que não é concluído se no caso concreto o meio de diagnóstico apreciado pelo médico em questão permite ou não detectar a fissura que o membro do paciente menor apresentava.

De facto, pelo colégio da especialidade apenas terá sido referido, segundo a transcrição do relator no seu parecer, que o tipo de fractura em causa *“é por vezes difícil de observar na fase aguda da lesão”*, não concretizando se neste caso específico essa dificuldade de observação se verificava ou não e, na afirmativa, a razão de ser da mesma.

Aliás, sendo o médico um profissional da própria especialidade de ortopedia, e portanto também conhecedor, por certo, da dificuldade de observação deste tipo de fracturas, é forçoso levantar a questão sobre se a sua conduta não deveria ter sido apreciada à luz de um particular cuidado que lhe seria exigível na situação, ampliado ainda por estar em causa uma criança, atento o estabelecido no artigo 43.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos ¹²³.

De qualquer forma, não deixou de ser reconhecido, tanto pelo Hospital Fernando Fonseca como pelo relator do processo disciplinar, ter havido um erro de diagnóstico por parte do médico.

Acontece, porém, que esse erro, tendo levado o hospital a uma chamada de atenção do médico para a questão, foi considerado *desculpável* por parte desse conselho disciplinar, pelo facto de não ter acarretado para o paciente consequências gravosas, razão pela qual a sua conduta não foi caracterizada como negligente e o processo disciplinar foi arquivado.

Ora, as consequências de uma determinada acção, em Direito Penal ¹²⁴, não intervêm na apreciação da sua ilicitude nem da culpa do agente que a praticou, mas sim na determinação e fixação da medida da pena, caso lhe venha a ser aplicável.

O facto de o erro do médico não ter tido um resultado gravoso para o paciente menor por si observado não deveria, por conseguinte, ter sido relevado para a apreciação da ilicitude da sua conduta ou da sua culpa, no âmbito do processo disciplinar instaurado, mas apenas para uma eventual graduação da pena, sendo-lhe aplicável, como aliás prevê o artigo 14.º do Estatuto Disciplinar dos Médicos.

Não pode, mesmo, olvidar-se que a *restitutio in integrum* da situação clínica do doente se ficou a dever ao posterior diagnóstico da sua fractura por outro médico ortopedista, e ao adequado tratamento que, em consequência, lhe foi prescrito, de imobilização do membro.

¹²³ “O Médico deve usar de particular solicitude e cuidado para com a criança, o idoso ou o deficiente (...)”.

¹²⁴ Nos termos do artigo 11.º do Estatuto Disciplinar dos Médicos, “à jurisdição disciplinar da Ordem dos Médicos aplicam-se, subsidiariamente, o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local e as normas gerais de direito penal de processo penal”.

Por todo o exposto, conclui-se que não se encontra devidamente fundamentada a deliberação proferida por esse conselho disciplinar, uma vez que os motivos invocados para o arquivamento do processo não são suficientes para justificar que, com a conduta praticada, o Dr. (...) não violou algum ou alguns dos deveres a que se encontra vinculado no exercício da sua profissão, sendo certo que não deixa de ser reconhecido ter havido da sua parte um erro de diagnóstico.

Nesses termos, solicito a colaboração de V. Ex.^a no sentido de o processo disciplinar ser objecto da devida reapreciação por parte desse conselho disciplinar, permitindo-me, de todo o modo, fazer notar que com a presente intervenção este órgão do Estado apenas pretende o correcto exercício, pela Ordem dos Médicos, da sua competência legal de verificação da responsabilidade disciplinar, no apuramento adequado do preenchimento ou não, por parte do médico em causa, dos pressupostos de infracção à deontologia e técnica médicas.

R-2955/02

Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade visada: Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas

Assunto: Compensação entre o valor dos subsídios de luto a pagar aos beneficiários da lutuosa associados do SBSI e os valores em dívida por parte dos associados. Resposta inadequada prestada à Provedoria de Justiça.

Acuso a recepção de ofício, através do qual V. Ex.^{as} dão a conhecer a decisão de não acatarem a posição defendida pela Provedoria de Justiça a respeito do assunto em análise.

Atento o respectivo teor, cumpre-me referir que, mesmo não tendo o Provedor de Justiça poder decisório, sempre seria de esperar que o SBSI fundamentasse devidamente a decisão tomada – até porque a isso está legalmente obrigado –, não se limitando, como o fez, a referir que os respectivos serviços jurídicos têm “*um entendimento diverso sobre a matéria em causa*”.

Com efeito, entendo ser salutar, para todos os envolvidos nos processos em concreto e para todos os cidadãos em geral, que as entidades visadas, ainda que não atendendo às posições defendidas pelo Provedor de Justiça, dêem a conhecer a este órgão do Estado, e por conseguinte aos cidadãos, o fundamento das respectivas decisões, refutando os argumentos em que esteja alicerçada a posição do Provedor de Justiça que entendem ser de rejeitar.

Por outro lado, tendo em conta a afirmação de que os vossos “*serviços jurídicos consideram que os órgãos próprios para dirimir eventuais conflitos são os tribunais*”, chamo a atenção de V. Ex.^{as} para o disposto no art. 23.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa e no art. 4.º da Lei n.º 9/91, de 9/04 (Estatuto do Provedor de Justiça), nos termos dos quais resulta clara e inequivocamente que a actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e na lei.

A tal propósito, permito-me fazer notar que o SBSI ao ter, por diversas vezes, apresentado queixas ao Provedor de Justiça deu mostras de bem conhecer o papel que a Constituição e a lei lhe reservam, entendendo então, contrariamente ao que agora refere, que não cabe em exclusivo aos tribunais a tarefa de dirimir conflitos.

É neste contexto que se justifica a formulação do presente reparo.

Nota: Em resposta ao reparo formulado, a direcção do SBSI veio prestar esclarecimentos adicionais acerca das razões que determinaram o não acatamento da posição defendida pela Provedoria de Justiça a respeito do caso em análise.

R-1614/03
Assessor: Rita Cruz

Entidade visada: Instituto da Segurança Social
Assunto: Não emissão e envio de recibos de quitação.

Foi apresentada na Provedoria de Justiça uma queixa relativa à não emissão pelo Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa, de recibos de quitação devidos pelo pagamento das prestações referentes à

reposição do subsídio de desemprego recebido indevidamente pelo beneficiário.

Reivindica o beneficiário o direito a efectuar o pagamento dos montantes em dívida via postal e a receber a devida quitação, pela mesma via, sem que para esse efeito seja obrigado a suportar os encargos com a expedição postal do recibo.

No âmbito da instrução deste processo foi ouvido, o Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa, que veio dar conhecimento a este órgão do Estado das normas, que a este propósito, se encontram em vigor, neste centro distrital, a saber:

- Se o beneficiário se apresentar numa qualquer tesouraria do centro distrital, para proceder ao pagamento da sua prestação, é-lhe, de imediato, entregue um recibo informatizado, do valor entregue.
- Se o beneficiário proceder ao envio, do valor através dos CTT, o recibo só lhe será remetido se, a acompanhar o valor, enviar um envelope selado.

Em ofício dirigido ao referido centro distrital alegou este órgão do Estado que nos termos gerais do direito, o devedor que cumpre tem sempre o direito de exigir quitação daquele a quem a prestação é feita. Ora, sendo a quitação um dever daquele a quem é prestada a obrigação, afigurar-se-ia mais correcto que os encargos decorrentes do cumprimento desta obrigação recaíssem sobre o devedor.

Assim não foi entendido pelo CDSSS de Lisboa que através de ofício, datado de 23.02.04 argumentou o seguinte:

“(...) os serviços de tesouraria do Centro Distrital da Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo, (sic) procedem à emissão das guias de pagamento, daquilo que houver a pagar, sendo que, para haver lugar ao envio do recibo de quitação via postal, o beneficiário deve nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 236/91, de 26 de Junho, enviar sobrescrito/envelope devidamente endereçado e selado para devolução do duplicado da guia, juntamente com a importância do pagamento a efectuar” (sublinhado nosso).

Salvo o devido respeito, a norma invocada, que de seguida se transcreve, não dispõe no sentido defendido pelo Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa.

Senão vejamos:

“1 – Os cheques destinados a pagamentos nas tesourarias das instituições de segurança social ou nas suas delegações poderão ser enviados às mesmas pelo correio acompanhados da guia referida no n.º 4 do artigo 1.º e de sobrescrito, *devidamente endereçado*, para devolução do duplicado da guia, quando solicitado.” (sublinhado nosso).

Ora, afigura-se legítimo concluir que esta norma consagra claramente um princípio de gratuidade, na remessa postal dos recibos de quitação/duplicados da guia.

O legislador apenas estabeleceu a obrigatoriedade de junção de um envelope devidamente endereçado, exigência que se compreende na medida em que facilita o envio do recibo para a morada e destinatário correctos. Mas não especificou que tal envelope deveria ser selado, como defendido pelo Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa.

Refira-se também que o mesmo princípio de gratuidade se encontra igualmente consagrado no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, que define as regras da remessa postal de documentos.

Finalmente, faço ainda notar a V. Ex.^a que, auscultados outros centros distritais sobre os procedimentos adoptados quanto a esta matéria, nomeadamente o Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social do Porto, foi este órgão do Estado informado de que, apenas é exigido aos beneficiários, tal como estabelecido na lei, a junção de envelope endereçado.

Mais informou este centro distrital que assume sempre os encargos com o envio via postal do recibo de quitação/duplicado guia aos beneficiários, com excepção dos casos em que, por livre iniciativa os beneficiários remetem o envelope endereçado e selado.

Em face do exposto e como V. Ex.^a bem compreenderá, justifica-se que sejam emitidas orientações claras e uniformes a todos os centros distritais de solidariedade e segurança social sobre esta matéria.

Entidade visada: Caixa Geral de Aposentações

Assunto: Suspensão do pagamento da pensão de aposentação a um 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. Ex.^a, 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. Sub-

siste, 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.

R-2675/03

Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade visada: Conselho de Administração da RTP

Assunto: Direitos das comissões de trabalhadores.

Reporto-me ao ofício cujos esclarecimentos agradeço.

Permito-me fazer notar que, no âmbito de um outro processo igualmente em instrução neste órgão do Estado, tomámos conhecimento de que o “*Programa Fénix*” é, efectivamente, um projecto que visa a reestruturação da RTP e da RDP, do qual resultará, entre outros aspectos, se não uma diminuição de efectivos nas referidas empresas, pelo menos, uma redefinição da gestão do pessoal, nomeadamente, através da criação de uma estrutura de serviços partilhados entre as duas empresas.

Deste modo, parece resultar claro que o “*Programa Fénix*” é um projecto que integra o conceito de reorganização da empresa nos termos e para os efeitos previstos no art. 33.º, da Lei n.º 46/79, de 12/09, de entre os quais cumpre salientar, o direito das comissões de trabalhadores à emissão de parecer prévio relativamente aos “(...) planos ou projectos de reorganização ¹²⁵ (...)”.

¹²⁵ Sublinhados nossos.

Aliás, em cumprimento da lei, o teor do referido “*Programa Fénix*” foi levado ao conhecimento da Comissão de Trabalhadores da RDP com vista à emissão de parecer prévio, encontrando-se a referida comissão a acompanhar a evolução dos trabalhos integrados naquele programa, através de reuniões regulares havidas com o respectivo conselho de administração, conforme determinado no art. 33.º, alíneas *b*), *d*) e *e*) da lei em causa.

Por outro lado, as informações relativas à contratação de pessoal parecem integrar o preceituado na alínea *f*), do art. 23.º, da Lei n.º 46/79, de 12/09. Aliás, no que respeita aos contratos a termo, a lei é ainda mais explícita, determinando a obrigatoriedade da empresa comunicar à respectiva comissão de trabalhadores a celebração e cessação de tais contratos (art. 53.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27/02 e art. 133.º, n.º 1, do Código do Trabalho).

Finalmente, no que se reporta ao exercício do direito ao controlo de gestão, não posso deixar de chamar a atenção de V. Ex.^a para o facto de o serviço público da RTP não ser enquadrável na excepção contida no art. 27.º, n.º 1, alínea *e*), da Lei n.º 46/79, de 12/09. Tal norma reporta-se, em exclusivo, ao serviço público postal e de telecomunicações. Ora, o serviço público de televisão assegurado pela RTP enquadra-se na actividade do audiovisual ou da comunicação social, não se integrando – nem se confundindo – no âmbito da actividade postal ou de telecomunicações, pelo que a excepção contida no preceito em apreço não se lhe pode aplicar.

É certo que desde a publicação da Lei n.º 46/79, de 12/09, se tem entendido que os respectivos arts. 30.º e 31.º¹²⁶, não são exequíveis por si mesmos, carecendo de regulamentação para poderem ser devidamente aplicados. Daí que, efectivamente, se tenha verificado ao longo dos anos um real impedimento à aplicação desses preceitos em várias empresas, nomeadamente, no seio da RTP¹²⁷. Mas, como acima ficou dito, tal inaplicabilidade não radica na excepção invocada por V. Ex.^a relativamente ao exercício do controlo de

¹²⁶ Que correspondem ao preceito constante do art. 54.º, n.º 5, alínea *f*), da Constituição da República Portuguesa.

¹²⁷ A questão já foi subejamente debatida em diversos processos tramitados na Proveoria de Justiça. Aliás, no âmbito do processo R-3075/93, relativo justamente à RTP, foram formuladas três Recomendações a diversas entidades, com vista a possibilitar a aplicabilidade dos preceitos em questão.

gestão, mas tão-somente na impossibilidade prática de fazer aplicar tais normativos.

Assim, caso o art. 54.º, n.º 5, alínea *f*), da Constituição da República Portuguesa, venha brevemente a ser regulamentado, conforme previsto no art. 466.º, n.º 1, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27/08, a RTP, se não for especificamente excepcionada, ficará abrangida pelas obrigações que daí vieram a resultar.

R-3496/03

Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: ADSE

Assunto: Emissão de declarações para efeitos de complemento de participação.

Reportando-me ao assunto supra referenciado, venho expressar a V. Ex.^a o agradecimento pela colaboração prestada a este órgão do Estado.

Tendo por base o ofício, permito-me fazer notar, porém, que a disponibilização da tabela de participações na página da ADSE na *Internet*, não substitui a emissão da declaração para efeitos de complemento de participação.

De facto, as outras entidades (seguradoras, etc.) a quem os beneficiários eventualmente se dirijam para efeitos de complemento de participação, necessitam de um documento comprovativo da participação efectivamente paga pela ADSE, documento esse que, para além de se constituir como prova do montante efectivamente participado, substitui o recibo original, que permanece em poder da ADSE. Na verdade, apenas com essa declaração o beneficiário pode accionar o seu seguro ou subsistema complementar.

Por outro lado, importa referir que o beneficiário não tem qualquer outra alternativa de actuação, uma vez que a ADSE apenas participa, e tal como estipula o seu regulamento, documentos originais.

Na verdade, não se contestam os procedimentos adoptados pela ADSE de participação das despesas de saúde sobre originais e a consequente

●
●
●
Assuntos sociais...

emissão de declarações para efeitos de benefícios complementares. Releva sim, a celeridade na execução de tais procedimentos, por forma a que os beneficiários acedam atempadamente, não só às participações da ADSE, mas também – e em tempo útil –, aos benefícios complementares assegurados por outras entidades (*maxime*, seguros de saúde).

Neste sentido, compreenderá V. Ex.^a que não basta aos beneficiários o simples conhecimento das tabelas da ADSE, publicadas na II Série do Diário da República e publicitadas na respectiva *página da Internet*, uma vez que não é com base no simples conhecimento desses elementos que os mesmos poderão ver as suas despesas participadas por outras entidades. De facto, apenas a declaração emitida pelos serviços da ADSE – aliás, exigida com toda a legitimidade pelos demais subsistemas ou seguros de saúde – permitirá ao interessado aceder aos referidos benefícios complementares.

Efectivamente, as razões de segurança e certeza jurídicas que legitimam a ADSE a participar despesas de saúde devidamente comprovadas por documentos originais, são as mesmas que determinam que, nomeadamente, as entidades seguradoras exijam documento idóneo emitido pela ADSE, em tempo útil, para efeito do pagamento do complemento de participação.

Formulada esta especial chamada de atenção, informo V. Ex.^a de que foi decidido proceder ao arquivamento do respectivo processo neste órgão do Estado.

R-3932/03

Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade visada: Conselho de Administração da PT Comunicações, S.A..

Assunto: Direitos das comissões de trabalhadores.

Reporto-me ao ofício, permitindo-me fazer notar que o mesmo não responde de forma adequada ao ofício da Provedoria de Justiça.

Não posso, antes de mais, deixar de solicitar a melhor atenção de V. Ex.^a para o teor do anterior ofício deste órgão do Estado, sublinhando que a decisão de criar a PT PRO – correspondendo a uma *decisão de gestão* –, não

foi, obviamente, objecto de apreciação pelo Provedor de Justiça. Pelas mesmas razões não está em causa, também, avaliar as estratégias adoptadas pela PT com vista à “(...) *prosecução dos seus escopos finalísticos*”, nem, tão pouco, se questiona a “*importância que a mobilidade de trabalhadores assume no Grupo PT*”.

A questão que importava, pois, analisar no âmbito do presente processo, era a de saber se as medidas de gestão em apreço foram adoptadas com o pleno respeito pelos direitos e garantias dos trabalhadores envolvidos no processo. Os elementos e esclarecimentos reunidos ao longo da instrução do processo, permitiram concluir que, pelo menos no momento actual, tais direitos estão a ser respeitados, 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, é reconhecido por essa administração que está a ser levada a efeito uma reestruturação na PT Comunicações, tenha ela a ver, ou não, com a criação da PT PRO.

Por força do art. 33.º, alínea *a*), da Lei n.º 46/79, de 12/09 (Lei das Comissões de Trabalhadores ¹²⁸), a execução de quaisquer medidas que, de alguma forma, dissessem respeito à reorganização da PT Comunicações, deveriam ter sido precedidas de parecer prévio da comissão de trabalhadores, solicitado nos termos e com as formalidades que a lei expressamente prevê [art. 24.º, n.ºs 1 e 2, *ex vi* art. 33.º, alínea *a*) da Lei n.º 46/79, de 12/09 ¹²⁹].

Da instrução do processo foi possível concluir que este parecer não foi solicitado.

A este propósito, referiu a administração dessa empresa ter havido um amplo debate com a comissão de trabalhadores e com os próprios trabalhadores envolvidos acerca da reestruturação em causa, o qual, no vosso entender, terá preenchido, de forma substancial, o direito de participação dos trabalhadores no processo de reorganização em causa, alegando que, “*na vida das*

¹²⁸ A que corresponde actualmente o art. 364.º, alínea *a*) da Lei n.º 35/2004, de 29/07.

¹²⁹ Actualmente art. 357.º, n.º 2 *ex vi* art. 364.º, alínea *a*) da Lei n.º 35/2004, de 29/07.

empresas, mais do que procedimentos meramente formais relevarão os processos dinâmicos”.

Contudo, não se trata apenas de saber se o direito de participação dos trabalhadores foi ou não substancialmente preenchido no caso em apreço. A lei impõe-se, nos seus exactos termos, a todos os cidadãos e entidades, os quais (e de forma acrescida as empresas com a responsabilidade e dimensão nacional e internacional da PT) lhes devem pleno respeito.

O formalismo legalmente previsto para solicitação de *parecer prévio*, para além de assentar em razões de clareza e certeza jurídica, tem que ser obrigatória e integralmente respeitado, não competindo aos visados ajuizar se o devem ou não seguir.

A obrigatoriedade de submeter determinados actos da empresa a parecer prévio da comissão de trabalhadores não é uma mera formalidade, mas sim uma manifestação do direito constitucionalmente consagrado de garantir a intervenção democrática dos trabalhadores nas respectivas empresas e deve ser inteiramente respeitado enquanto tal.

É certo que a empresa não está vinculada ao sentido do parecer da comissão de trabalhadores. Porém, está obrigada a solicitá-lo nos casos legalmente previstos, fornecendo as informações necessárias à respectiva emissão e a esperar, pelo prazo legalmente estipulado, a respectiva emissão.

Houve, pois, uma violação do direito conferido legalmente às comissões de trabalhadores de emitirem *parecer prévio* quando esteja em causa – como estava – a reorganização da empresa.

A violação do direito das comissões de trabalhadores participarem na reestruturação das respectivas empresas, nos termos legalmente definidos, assume considerável gravidade, já que tal direito tem dignidade constitucional. 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 art. 56.º, n.º 2, alínea e)].

Conclui-se, assim, 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 empresas.

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 da PT Comunicações, S.A. 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.

Por fim, permito-me chamar a especial atenção de V. Ex.^a para a necessidade de ser dado o devido cumprimento aos preceitos constantes das alíneas *b)*, *c)*, *d)* e *e)* do artigo 364.º, da Lei n.º 35/2004, de 29/07.

Nota: Em resposta ao presente reparo, o Conselho de Administração da PT Comunicações, S.A., referiu que, embora entenda não assistir à comissão de trabalhadores da PT o direito à emissão de parecer prévio, não deixou de ponderar atentamente a posição sustentada pela Provedoria de Justiça e, em consequência, optou por passar a dirigir formalmente pedidos de parecer prévio à referida comissão de trabalhadores nos processos que em se verifiquem os pressupostos legais que suportaram o entendimento da Provedoria de Justiça a tal respeito.

R-4206/03

Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Caixa Geral de Aposentações

Assunto: Remunerações relevantes para efeito do cálculo da pensão de aposentação.

Reportando-me aos esclarecimentos prestados por V. Ex.^a ao abrigo do ofício, que agradeço, não posso deixar de formular um reparo pela situação de absoluta injustiça em que foi colocado um subscritor face a um outro subscritor, ambos antigos trabalhadores do Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

Como V. Ex.^a reconhecerá, a diferença de cerca de € 500 entre o valor das pensões de ambos estes pensionistas é grave, tendo em atenção que os dois apresentavam um percurso profissional em tudo semelhante.

Naturalmente que não se coloca em causa a consolidação, na ordem jurídica, do acto de atribuição da pensão ao Senhor (...). Apenas se lamenta que, em função das secções da Caixa Geral de Aposentações em que são tratados os vários processos, estes possam ser e sejam decididos de maneiras diferentes, fazendo depender o valor final da pensão – como aconteceu nestes dois casos – de factores aleatórios e não da aplicação da legislação vigente em cada momento.

A situação que originou o presente processo é certamente excepcional. Mas apelo a V. Ex.^a para que não deixe de chamar a atenção dos seus serviços para a necessidade de harmonização de procedimentos, de modo a serem evitadas, de futuro, situações como a presente.

Como compreenderá, para aqueles directamente lesados com este tipo de actuação dessa entidade, o reconhecimento do lapso e a afirmação de que se lamenta o mesmo, não esmorecem o sentimento de injustiça relativa gerado.

R-4526/03

Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: Hospitais da Universidade de Coimbra

Assunto: Ausência de resposta às reclamações apresentadas no Gabinete do Utente n.ºs 185/02, 383/02, 105/03, 114/03 e 168/03, referentes a alegada negligência na assistência médica prestada.

Reporto-me aos ofícios remetidos a este órgão do Estado pelo Director Clínico dos Hospitais da Universidade de Coimbra, datados de 21.05.2004 e 15.06.2004, cujos esclarecimentos agradeço.

Verifica-se que, decorridos mais de dois anos desde a data (01.06.2002) em que a utente supra referenciada apresentou, nesse hospital, a reclamação, datada de 01.06.2002 e posteriores insistências da reclamante, foi dada, por fim, uma resposta às exposições dirigidas pela reclamante ao Gabinete do Utente, apesar desta não esclarecer todas as questões colocadas.

De facto, esta situação, porventura atenuada pela complexidade e gravidade da situação clínica do doente em causa, não deixa de constituir uma

falha *grave* dos serviços que não diligenciaram atempadamente para um correcto esclarecimento da situação junto da utente. Na verdade, as tentativas infrutíferas de reunião com a reclamante não substituem o dever de resposta, legalmente consagrado e melhor definido no artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril. Assim, o decurso do tempo apenas tem permitido que se acentue – ao que parece erroneamente – a convicção da reclamante de que houve negligência na assistência médica prestada ao seu filho.

Da análise das exposições dirigidas ao Gabinete do Utente e posteriormente ao Director dos Hospitais da Universidade de Coimbra verifica-se que, as questões colocadas pela reclamante vão para além da estratégia terapêutica, ficando por esclarecer a questão central das reclamações, que é a de saber se o tempo de espera verificado entre a primeira consulta (26.04.2000) e o internamento para realização de intervenção cirúrgica (12.01.2001) – cerca de 9 meses, de acordo com as datas indicadas pela reclamante –, contribuiu para o agravamento da situação do doente; bem como, se este tempo de espera é normal numa situação, alegadamente, considerada muito urgente e se existiu alguma negligência nas intervenções cirúrgicas realizadas. Para melhor elucidação de V. Ex.^a junto em anexo cópia das aludidas reclamações.

Na verdade, o não esclarecimento atempado destas dúvidas, por infundadas que possam ser, apenas permite acentuar a visão negativa que a reclamante tem dos factos e dos serviços desse hospital.

Por outro lado, a este propósito, não posso deixar de chamar a atenção de V. Ex.^a para o facto de as reclamações exaradas no *Livro Amarelo* (“*livro de reclamações*”), bem como quaisquer outras que incidam sobre o funcionamento dos serviços públicos, deverem, em todas as situações, ser objecto de tratamento, não podendo deixar de ser dada uma resposta ao reclamante e em tempo útil¹³⁰.

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

¹³⁰ Independentemente da fase de tramitação em que se encontrem as reclamações (...) cabe a cada serviço reclamado dar resposta ao reclamante, acompanhada da devida justificação, bem como das medidas tomadas ou a tomar, se for caso disso, no prazo máximo de 15 dias, artigo 38.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril.

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.

Como V. Ex.^a compreenderá, não obstante o facto de, eventualmente, não assistir razão à reclamante, tal não eximia esse hospital de proceder ao tratamento das reclamações e, sobretudo, de responder à reclamante, como legalmente se estipula.

Em face de todo o exposto, entendo formular esta especial *chamada de atenção*, por forma a alertar V. Ex.^a, para a necessidade de um tratamento célere das reclamações que são dirigidas aos serviços, muito especialmente, nos casos graves, como o presente, cujo o diagnóstico nunca será positivo. A presente *chamada de atenção* visa, assim, solicitar o esclarecimento cabal da reclamante e alertar V. Ex.^a para a necessidade de, em situações futuras, ser assegurada, por esse hospital, uma resposta devidamente esclarecedora e atempada aos reclamantes que se lhe dirijam.

Nota: O Director dos Hospitais da Universidade de Coimbra respondeu ao Provedor de Justiça, em 22.10.2004, dando conta de que irão ser adoptadas medidas no sentido de que situações idênticas não se voltem a repetir e esclarecendo melhor as questões suscitadas no 4.º parágrafo da chamada de atenção supra, juntando para o efeito relatório elucidativo elaborado pelo Director do Serviço de Neurocirurgia.

P-7/04

Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: ADSE

Assunto: Emissão e envio de cartões de beneficiário a utentes já falecidos.

Foi com perplexidade e preocupação que tomei conhecimento, através da comunicação social, de que a ADSE tinha emitido e remetido novos cartões de beneficiário para ex-beneficiários já falecidos e que as famílias estariam, assim, a ser confrontadas com estas situações anómalas.

Aliás, as situações denunciadas apontavam para falecimentos ocorridos há muitos anos, alegando-se que, na devida altura, as ocorrências das

mortes tinham sido comunicadas à ADSE. Porém, tal não terá impedido que os referidos familiares continuassem a receber correspondência dessa direcção-geral em nome dos falecidos.

Não posso deixar de chamar a especial atenção de V. Ex.^a para as consequências pessoais e humanas que uma actuação deste tipo origina junto dos familiares, os quais, de forma abrupta e despropositada, vêm renovada a situação de pesar pela recordação dos seus familiares falecidos.

Compreenderá V. Ex.^a que esta insólita situação – a confirmar-se nos termos supra descritos – constitui um exemplo de uma deficiente actuação dos serviços da ADSE.

Assim, e atentas as competências que me estão atribuídas por lei ¹³¹, solicito a V. Ex.^a se digne prestar-me, com a máxima urgência possível, todos os esclarecimentos que, sobre o assunto, entenda por convenientes, indicando, nomeadamente, quais as medidas que prevê adoptar para evitar que situações idênticas se repitam.

Por último, e atenta a natureza e circunstâncias pessoais e humanas que rodeiam a situação denunciada, permito-me sugerir a V. Ex.^a que seja formulado um urgente pedido de desculpas às famílias visadas.

Nota: O Director-Geral da ADSE respondeu ao Provedor de Justiça, em 06.02.2004, dando conta das razões que determinaram a desactualização dos ficheiros da ADSE e informando que estão em curso medidas no sentido de evitar que situações idênticas se voltem a repetir.

R-22/04

Assessor: Fátima Monteiro Martins

Entidade visada: Centro Nacional de Pensões

Assunto: Atraso no processo de cálculo dos acréscimos à pensão por exercício de actividade. Direito à informação dos administrados por parte da Administração.

¹³¹ Artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa e Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

Foi recebida na Provedoria de Justiça queixa do reclamante em epígrafe pelo facto de ainda não lhe ter sido efectuado pagamento dos acréscimos por exercício de actividade em acumulação com a pensão de velhice que recebe, e também por não ter obtido qualquer resposta às suas cartas de 17.05.2003, 09.07.2003, 12.08.2003 e 10.10.2003.

Contactado telefonicamente o CNP, apurou este órgão do Estado que o cálculo dos acréscimos já foi efectuado, estando a aguardar o seu processamento informático.

Mais apurou que o atraso na revisão da pensão do reclamante se ficou a dever à demora na confirmação, por parte do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Viseu, dos seus registos contributivos.

Muito embora se constate, assim, que a pretensão concreta do reclamante se encontra em vias de ser satisfeita, não pode este órgão do Estado ficar indiferente à questão da falta de resposta do CNP às diversas cartas que lhe foram dirigidas.

Com efeito, assiste aos administrados *o direito de serem informados, sempre que o requirem, sobre o andamento dos procedimentos em que sejam directamente interessados*, conforme foi consagrado no artigo 268.º, n.º 1 da Constituição e se encontra disposto no artigo 61.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Este direito à informação encontra, no seu extremo contrário, o dever da Administração de prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam, no âmbito do princípio da colaboração da Administração com os particulares, estabelecido no artigo 7.º do CPA, e reforçado no diploma que introduziu as mais recentes medidas de modernização administrativa, o Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, onde se estabelece, no artigo 39.º, n.º 1, a obrigatoriedade de resposta de qualquer serviço da Administração, no prazo máximo de 15 dias, a toda a correspondência, designadamente *pedidos de informação*, desde que o autor se identifique.

É certo que os prazos previstos pelo legislador, tanto nesta última disposição, como no artigo 61.º do CPA, são meramente ordenatórios, e que o tipo de procedimento em causa ou a frequência e volume de pedidos de informação formulados pelos interessados podem, por vezes, ser incompatíveis com o seu rigoroso cumprimento.

Acontece, porém, que no caso concreto do reclamante, e de acordo com as suas alegações, ele já se terá dirigido ao CNP por quatro vezes, desde

Maio de 2003, sem que até à data tenha obtido qualquer resposta, um número de pedidos e um período de tempo já demasiado extensos para que não lhe tenha sido concedida sequer uma informação intercalar no processo.

Não posso, por conseguinte, deixar de chamar a atenção de V. Ex.^a para o assunto, e solicitar, não apenas que o reclamante seja devidamente elucidado, como também que sejam adoptadas as providências e medidas necessárias no âmbito desse serviço para que de futuro seja adequadamente respeitado o direito à informação constitucionalmente reconhecido aos administrados, prevenindo a ocorrência de situações de incumprimento desrazoável dos procedimentos e dos prazos legalmente estabelecidos para esse efeito.

Nota: Em resposta, o Centro Nacional de Pensões, tendo já efectuado o acréscimo à pensão do reclamante, declarou ter registado com muita acuidade as considerações efectuadas pela Provedoria de Justiça no seu ofício no que respeita à falta de resposta da sua parte às reclamações do beneficiário, e deverem ser desenvolvidos no futuro todos os esforços para evitar situações idênticas.

R-86/04

Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: Centro Hospitalar do Alto Minho

Assunto: Contratação de serviços entre hospitais do SNS e outras entidades (como seguradoras ou subsistemas).

Na sequência das declarações efectuadas por V. Ex.^a à comunicação social, relativas à eventual contratualização de serviços com terceiros, por parte desse Centro Hospitalar, foi recebida neste órgão do Estado uma reclamação sobre o assunto, que deu origem à abertura do processo.

Sobre o mesmo assunto, tomei conhecimento da nota à comunicação social (datada de 8.01.2004), veiculada pelo Gabinete do Ministro da Saúde a qual veio referir que qualquer medida que possa vir a surgir nesse sentido não visará “*privilegiar os utentes das seguradoras em prejuízo dos utentes do SNS*”. Por outro lado, informa que “*acordos [...] com outras entidades, nomeadamente as Seguradoras e outros subsistemas, nunca podem pôr em*

causa a equidade de acesso dos utentes do SNS aos Hospitais públicos”: Mais se refere nessa nota que “*nunca estará em causa alterar os modelos de atendimento dos Serviços de Urgência dos Hospitais da Rede do SNS, nem permitir qualquer tipo de discriminação no acesso dos utentes em geral*”.

De facto, os esclarecimentos prestados pelo Ministro da Saúde, nos termos dos especiais poderes de tutela que lhe são conferidos pelo artigo 6.º do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, constituem desde logo um limite à actuação dos hospitais do SNS, que devem, neste contexto, pautar a sua actuação pelos princípios aí referidos: *equidade de acesso dos utentes do SNS aos hospitais públicos, não permitindo qualquer tipo de discriminação*.

Porém – e sem me querer pronunciar sobre o mérito das recentes alterações legislativas relativas à organização e funcionamento do SNS –, permito-me salientar que os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde, que assumem a natureza jurídica de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, se regem, nomeadamente, pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro (cfr. artigo 19.º), pelos respectivos diplomas de criação, onde constam os estatutos necessários ao seu funcionamento, pelo regime jurídico do sector empresarial do Estado, pela lei reguladora das sociedades anónimas, bem como pelas normas especiais cuja aplicação decorra do seu objecto social e do seu regulamento.

Na verdade, todos os hospitais que integram a rede de prestação de cuidados de saúde que constitui o SNS, independentemente da sua natureza jurídica, se regem pela Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e pelo Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, devendo nortear a sua gestão no respeito pelos princípios aí consagrados.

Da análise do diploma legal que cria o Centro Hospitalar a que V. Ex.^a preside (Decreto-Lei n.º 295/2002, de 11 de Dezembro) é possível concluir que esse centro, tem por objecto a prestação de serviços de saúde no âmbito do Serviço Nacional de Saúde de que é parte integrante e que apenas acessoriamente, poderá *explorar serviços e efectuar as operações civis e comerciais relacionadas, directa ou indirectamente, no todo ou em parte, com o seu objecto*. De facto, quis aqui o legislador sublinhar que independentemente do regime jurídico assumido, o hospital está na sua essência primordialmente vocacionado para responder à satisfação das necessidades dos utentes do SNS.

Neste contexto, os serviços e operações acabadas de referir só poderão ser realizados depois de satisfeitas as necessidades dos utentes do SNS, no sentido de a estes caber prioridade quanto à afectação do equipamento instalado e dos recursos humanos, um e outros em primeiro lugar dimensionados para a satisfação das mesmas necessidades dos utentes do SNS.

No mesmo sentido, importa referir que a actuação dos hospitais S.A., deve cumprir escrupulosamente o contrato-programa plurianual celebrado com o Ministério da Saúde, no qual ficam estabelecidos *os objectivos e metas qualitativas e quantitativas, a sua calendarização, os meios e instrumentos para os prosseguir, designadamente de investimento, os indicadores para a avaliação do desempenho e do nível de satisfação das necessidades relevantes e as demais obrigações assumidas pelas partes* (cfr. artigo 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 295/2002, de 11 de Dezembro). Da componente financeira de cada contrato-programa será dado conhecimento prévio ao Ministério das Finanças (cfr. artigo 24.º, n.º 2, do mesmo diploma), o que implica que a esse Ministério sejam facultados todos os elementos que permitam identificar a natureza e proveniência das receitas e despesas estimadas.

Em suma, independentemente da forma de gestão assumida e atento o enquadramento legislativo mencionado, cumpre salientar que, por um lado, a contratualização de serviços com terceiros deve ser sempre acessória, e por outro, que nunca podem ser postos em causa os direitos constitucionalmente consagrados de garantia de acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, cfr. artigo 64.º n.º 3 alínea *a*) da Constituição da República Portuguesa.

Em face de todo o exposto, entendo formular esta especial *chamada de atenção*, por forma a alertar V. Ex.^a, para o facto de que qualquer eventual medida, no sentido das declarações públicas prestadas (e corrigidas pela Tutela), seja devidamente enquadrada nos parâmetros legais supra referidos, não desvirtuando os princípios e valores constitucionalmente consagrados de equidade no acesso aos hospitais que integram a rede de prestação de cuidados de saúde do SNS e garantindo o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados de medicina de que carecem.

Entidade visada: Administração do Porto de Lisboa, A.P.L., S.A.

Assunto: Comparticipação de despesas de saúde pelas Obras Sociais e Culturais da APL. Emissão de declarações de comparticipação para efeitos de complemento de comparticipação por parte de entidades seguradoras ou similares.

Acuso a recepção do ofício que agradeço e do qual resulta que o problema suscitado foi, entretanto, devidamente regularizado, tendo sido emitida e entregue ao reclamante a declaração para efeitos de complemento de comparticipação por parte de uma entidade seguradora.

Não obstante a resolução do caso concreto, entendo dever formular o presente *reparo*, tendo em consideração não só o atraso verificado na sua resolução, mas, sobretudo, a necessidade de serem estabelecidas orientações para os serviços competentes da APL (nomeadamente, à *Divisão de Saúde e Apoio Social*), no sentido de:

- a) proceder à imediata rectificação de todas as situações passadas que, à semelhança daquela em apreço, hajam sido indevidamente indeferidas (ou que ficaram pendentes de decisão), por forma a evitar quaisquer prejuízos para os respectivos beneficiários ¹³²;
- b) evitar situações idênticas futuras, emitindo-se tais declarações tão prontamente quanto possível, por forma a que os beneficiários não sejam prejudicados no acesso às comparticipações complementares a que eventualmente tenham direito no âmbito de seguros de saúde privados.

¹³² Nos casos em que a emissão de tais declarações já não permita aos interessados o recebimento das comparticipações complementares por parte das respectivas seguradoras – atenta a eventual extemporaneidade da apresentação das declarações em causa (faz-se notar que os seguros de saúde estabelecem normalmente prazos para que os seus beneficiários apresentem as respectivas despesas) –, entende-se que o prejuízo que comprovadamente seja invocado pelos interessados, deva ser objecto de ressarcimento por parte da A.P.L., S.A..

Por outro lado – e a este propósito –, justifica-se que a declaração anual emitida pela APL (e entregue aos beneficiários) para efeitos do disposto no artigo 82.º, n.ºs 1 e 2, do Código do IRS, contenha também a menção expressa (sempre que tal se justifique) de que no ano em causa e a pedido do(s) beneficiário(s) foram emitidas declarações para complemento de participação por parte de entidade(s) seguradora(s).

R-508/04

Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade visada: NAV – Portugal, E.P.E.

Assunto: Admissão de trabalhadores com desrespeito pelas normas vigentes na empresa.

Reportando-me ao assunto em referência e tendo presente o ofício de V. Ex.^a, que agradeço, permito-me concluir como segue.

Relativamente às questões suscitadas a respeito do acesso da comissão de trabalhadores ao Projecto Getalis e aos relatórios de consultoria produzidos pela Gemini e KPMG, os esclarecimentos prestados no ofício de V. Ex.^a permitiram concluir não assistir razão à comissão de trabalhadores a tal respeito, não havendo, pois, qualquer reparo a formular a este propósito.

Por outro lado, congratulo-me com a disponibilidade demonstrada pela empresa no sentido de, a pedido da comissão de trabalhadores, realizar uma reunião com vista à prestação de todos os esclarecimentos julgados convenientes.

Diferente, porém, é a situação no que concerne à questão das admissões das trabalhadoras.

Relativamente à respectiva contratação a termo, verifica-se que a empresa embora tenha comunicado à comissão de trabalhadores a efectivação da contratação de ambas as trabalhadoras – como está obrigada por lei –, não terá procedido à prévia audição daquela comissão, tendo, por conseguinte, infringido o estipulado no art. 8.º, n.º 2, do Acordo de Empresa. Refira-se, aliás, que a posição da empresa no sentido de considerar que as regras cons-

tantes do Regulamento de Recrutamento e Selecção vigentes não são aplicáveis às contratações a termo, embora defensável, suscita algumas dúvidas.

Acresce que, o contrato de trabalho a termo celebrado com a trabalhadora (...), foi convertido em contrato por tempo indeterminado. Ora, essa conversão foi feita com preterição das regras vigentes sobre a admissão de trabalhadores, constantes do Regulamento de Recrutamento e Selecção.

Se, como acima ficou dito, se podem levantar dúvidas a respeito da aplicabilidade do referido regulamento às contratações a termo, já não haverá dúvidas de que, caso se pretenda converter o contrato a termo em contrato por tempo indeterminado, essa conversão, correspondendo a uma contratação de trabalhador a título permanente, deverá obedecer às regras estabelecidas sobre recrutamento e selecção de pessoal, constantes do supra mencionado regulamento. Com efeito, embora se entendam as razões adiantadas por V. Ex.^{as} para a não abertura de concurso externo – já que a trabalhadora contratada a termo gozava de preferência na admissão, nos termos legalmente ¹³³ estipulados – o facto é que sempre seria devida a abertura de concurso interno para as funções em questão, mesmo que a conclusão desse concurso viesse a resultar na contratação daquela mesma trabalhadora.

Verifica-se, pois, ter havido, por um lado, uma violação do art. 8.º, 2, do Acordo de Empresa, relativamente às contratações a termo e, por outro, a violação das normas do Regulamento de Recrutamento e Selecção aquando da conversão do contrato de trabalho a termo em contrato por tempo indeterminado.

Contudo, o Acordo de Empresa, ao que se julga, não prevê as consequências, nomeadamente sancionatórias, decorrentes de tais infracções, nem as mesmas decorrem da lei.

Ora, não se me afigura defensável que as infracções cometidas sejam susceptíveis de determinar a invalidade do contrato – o que implicaria a respectiva anulabilidade ¹³⁴ – quer porque tal invalidade não decorre do Acordo de Empresa que estabeleceu a obrigatoriedade de audição prévia da comissão de trabalhadores nas contratações a termo e a necessidade de abertura de con-

¹³³ Art. 54.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27/02, que corresponde parcialmente ao actual art. 135.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

¹³⁴ A qual teria que ser declarada pelo tribunal e arguida por quem para tanto tivesse legitimidade, ou seja, aqueles em cujo o interesse a lei, ou o AE, a tivesse estabelecido.

curso para admissão de pessoal, quer porque sempre seria duvidoso que as regras infringidas fossem oponíveis ao trabalhador contratado.

Assim, à semelhança do que defende a maioria da doutrina ¹³⁵ para os casos em que, aberto concurso para contratação de trabalhadores, as suas regras não sejam respeitadas pelo respectivo autor, entendo que a consequência da preterição das regras relativas a contratação de pessoal vigentes na empresa, se deve limitar ao eventual dever de indemnizar os trabalhadores que hajam, em concreto, sido prejudicados com a contratação efectuada. Tal indemnização teria, obviamente, que ser arbitrada pelo tribunal competente, depois de devidamente quantificada e comprovada por quem, para tanto, demonstrasse ter legitimidade.

Conclui-se, assim, que as faltas cometidas não podem ser imediata e totalmente reparadas. De qualquer modo – ou por isso mesmo –, justifica-se a formulação do presente *reparo* à actuação da NAV – Portugal, EPE no caso concreto, impondo-se que, no futuro, essa empresa se abstenha de praticar actos ou omissões que, como os supra relatados, violem normas constantes do instrumento de regulamentação colectiva aplicável e do qual decorrem importantes direitos, quer para a comissão de trabalhadores, quer para os trabalhadores em geral.

R-572/04

Assessor: Fátima Monteiro Martins

Entidade visada: Centro Nacional de Pensões

Assunto: Suspensão do pagamento de pensão aos beneficiários sem qualquer informação prévia.

Foi recebida na Provedoria de Justiça exposição da beneficiária ..., na qual a mesma veio reclamar da actuação do Centro Nacional de Pensões (CNP) no âmbito do seu processo de atribuição pensão de invalidez.

¹³⁵ Guilherme Machado Dray in “O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho”, Almedina, 1999, pg. 222; Pedro Romano Martínez in “Direito do Trabalho – II Volume”, 1.º Tomo, 3.ª edição, Lisboa, 1999, pg. 136 e ss.; António Menezes Cordeiro in “Manual de Direito do Trabalho”, Almedina, 1991, pg. 565.

Contactado esse serviço, foi este órgão do Estado informado através do fax de V. Ex.^a de 01.07.2004, que agradeço, de todos os procedimentos adoptados para o apuramento do valor da pensão e do débito que a beneficiária apresenta, bem como dos ofícios à mesma enviados com os esclarecimentos da situação.

Não obstante ter verificado, após a análise destes elementos, a correcção e legalidade com que todos os cálculos foram efectuados, não deixou este órgão do Estado, de qualquer forma, de concluir igualmente que o CNP, nos meses de Dezembro de 2003 e Janeiro de 2004 não procedeu ao pagamento da pensão à reclamante.

Ora, afigura-se que um procedimento desta natureza por parte desse serviço veio não só pôr em causa a subsistência da beneficiária durante aquele período, uma vez que a deixou sem rendimento, como violar o seu direito à informação, por não lhe ter sido devidamente comunicado o fundamento pelo qual o pagamento foi suspenso.

É certo que o acerto de contas posterior conduziu à regularização da situação, com a amortização do débito no valor das pensões devidas.

No entanto, não deixou a beneficiária de ficar, ainda que num período não muito longo, sem receber a prestação que lhe era devida, infundadamente e sem que lhe fosse dada qualquer informação.

Não pode esquecer-se que o sistema de segurança social tem como objectivos, entre outros, a protecção dos trabalhadores nas situações de falta ou diminuição da capacidade para o trabalho, e das pessoas em geral que se encontrem em situação de falta ou diminuição dos meios de subsistência, de acordo com o previsto na Lei de Bases da Segurança Social.

Por outro lado, não pode também olvidar-se que mesmo em situações de compensação de débitos à segurança social com prestações a que tenham direito, nunca deixam os beneficiários de receber pelo menos dois terços do valor destas, para garantia da sua subsistência, nos termos previstos no Despacho n.º 143-I/SESS/92, de 24 de Julho de 1992, com as alterações introduzidas pelo Despacho n.º 2-I/SESSS/2001, de 06 de Abril de 2001.

Acresce que um dos princípios gerais que norteiam o sistema de segurança social é o da informação, no âmbito do qual os beneficiários devem ser informados dos seus direitos e deveres, bem como das vicissitudes que venham a sofrer os seus processos.

Não posso, por conseguinte, deixar de chamar a atenção de V. Ex.^a para esta situação e solicitar que sejam adoptadas as providências adequadas

no âmbito desse serviço para que de futuro se previna a ocorrência de situações semelhantes à descrita, não deixando de ser garantidos aos beneficiários os seus meios de subsistência, que a segurança social se encontra legalmente encarregada de proteger.

R-930/04

Assessor: Fátima Martins

Entidade visada: Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Coimbra

Assunto: Exposição sobre recurso de decisão médica do Serviço de Verificação de Incapacidades.

Reporto-me ao ofício, recebido por fax em 23.03.2004, que agradeço, através do qual V. Ex.^a veio prestar a este órgão do Estado os esclarecimentos solicitados quanto ao caso concreto do beneficiário, bem como quanto ao funcionamento do Serviço de Verificação de Incapacidades Permanentes (SVIP) desse Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS).

Permito-me recordar a V. Ex.^a que em causa estava o excessivo atraso na marcação de segunda data para a realização da comissão de recurso, de que o beneficiário reclamou para a Provedoria de Justiça, na sequência do adiamento ocorrido na primeira data agendada, 28.05.2003.

Através do seu ofício de resposta, veio V. Ex.^a esclarecer que o atraso ocorreu porque *“Em Julho/2003 foi necessário fazer uma redistribuição do serviço, por se ter reformado a funcionária a quem tinha sido distribuído o referido processo, tendo este ficado por distribuir, facto que lamentamos, e de que apresentámos as nossas desculpas ao beneficiário”*.

Ora, muito embora presentemente a situação concreta já tenha sido ultrapassada, uma vez que a comissão de recurso já reuniu no passado dia 22.03.2004, o certo é que este órgão do Estado não pode ficar indiferente ao ocorrido, em particular porque se apurou não ser este o único caso nestas circunstâncias.

Com efeito, de acordo com os dados mais recentemente obtidos junto do SVIP relativamente aos processos com recursos pendentes, e cuja cópia se

Assuntos sociais...

envia para melhor elucidação, verifica-se que se registam diversos outros atrasos significativos na marcação da segunda data para a realização da comissão de recurso.

Por outro lado, em número superior são ainda os processos que registam atrasos na marcação da primeira data, que num caso excede mesmo 1 ano, noutros 9 meses.

Em comparação com os elementos colhidos pela Provedoria de Justiça em Outubro de 2001 através do inquérito realizado junto desse CDSSS, e com os que foram apurados pela Inspeção-Geral do Ministério da Segurança Social e do Trabalho em Outubro de 2002 através da auditoria feita a esse SVIP, constata-se que houve uma melhoria no que respeita ao número de processos a aguardar convocação para o exame da comissão de recurso, e que a aplicação informática entretanto implementada permite um melhor acompanhamento e controlo de todos os processos.

No entanto, houve um agravamento significativo no atraso do processo mais antigo, quer no que respeita às comissões de recurso quer também quanto às comissões de verificação, e existe uma elevada percentagem de processos atrasados.

Não obstante verificar-se, através da “Listagem de beneficiários com recursos pendentes”, que quanto a estes casos já se encontram marcadas as datas para os exames, não posso deixar de chamar a atenção de V. Ex.^a para este assunto, e solicitar que sejam implementadas medidas adicionais e desenvolvidos novos esforços para que os atrasos que ainda se registem nos SVIP desse CDSSS sejam ultrapassados, e sejam prevenidas novas situações desta natureza.

Nota: O CDSSS de Coimbra assumiu inteiramente a responsabilidade pelo atraso na marcação da segunda data para a realização da comissão de recurso e informou que havia apresentado ao beneficiário em causa um pedido de desculpas por escrito.

R-1035/04

Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: ADSE

Assunto: Implementação de um novo sistema de registo e tratamento da correspondência entrada nos serviços da ADSE.

Tendo por base o assunto supra referenciado, venho expressar a V. Ex.^a o agradecimento pela colaboração prestada a este órgão do Estado no esclarecimento e resolução da questão suscitada pela beneficiária reclamante.

Por outro lado, é com agrado que se acolhe – e se regista – a informação prestada por V. Ex.^a e que vai no sentido de a ADSE estar a implementar um sistema que, em breve, permita “*o controlo de todas as despesas recebidas, designadamente, na fase de análise, processamento ou que se encontram a aguardar o envio por parte dos beneficiários de documentos necessários para o processo*” (vd. último parágrafo do supra referenciado telefax da ADSE, datado de 24.09.2004).

Esta alteração de procedimentos por parte da ADSE, a concretizar-se, vai ao encontro das preocupações já oportunamente expressas por este órgão do Estado junto dessa entidade a propósito de reclamações que, com regularidade, são dirigidas a este órgão do Estado, nomeadamente, por beneficiários aposentados. Reporto-me sobretudo aos casos em que estes beneficiários remetem directamente à ADSE, por correio não registado ¹³⁶, os documentos comprovativos das despesas de saúde para participação, e, por vezes, são confrontados pela ADSE com o extravio de tais documentos. Nestas circunstâncias, e atento o disposto no artigo 63.º do Decreto-Lei n.º 118/83, de 25 de Fevereiro, os beneficiários acabam por ver comprometida a participação das respectivas despesas.

Assim, também para evitar situações deste tipo, demonstra-se de toda a utilidade que seja adoptado um adequado sistema de registo e de controlo da correspondência recebida na ADSE e, sobretudo, dos documentos de despesa remetidos para participação.

A Provedoria de Justiça não desconhece o elevado número de documentos diariamente entrados nesses serviços e o trabalho que implicará o respectivo registo. De qualquer modo, tal sistema de registo e de controlo não deixará de contribuir para uma maior transparência dos procedimentos da

¹³⁶ Embora seja aconselhável que os beneficiários aposentados remetam tais documentos por correio registado ou façam entrega dos mesmos nos balcões de atendimento da ADSE, o certo é que alguns, por razões económicas (os que vivem de pequenas pensões) e/ou devido à distância dos grandes centros urbanos (longe, portanto, dos balcões de atendimento da ADSE), optam pelo envio de tais documentos por correio simples.

●
●
●
Assuntos sociais...

ADSE, acautelando os legítimos direitos dos beneficiários às participações a que legalmente têm direito.

Por fim, e ainda a propósito desta questão, permita-me V. Ex.^a que reporte o tratamento conferido pela ADSE à correspondência dirigida por este órgão do Estado no âmbito do presente processo. No já referido telefax de 24.09.2004, refere a ADSE que o ofício inicial da Provedoria de Justiça, de 21.04.2004 não se fazia acompanhar das fotocópias dos documentos de despesa da reclamante, o que terá prejudicado o esclarecimento e resolução da situação reclamada.

A este propósito e admitindo que tais fotocópias não tivessem sido anexadas ao referido ofício, sempre se justificaria, como V. Ex.^a bem compreenderá, que a ADSE, em momento prévio à resposta dada a este órgão do Estado, tivesse solicitado o (re)envio das referidas cópias, pois só assim estaria em condições de poder prestar os esclarecimentos solicitados e resolver o problema.

Creia V. Ex.^a que esta observação tem apenas o intuito de reforçar o acima exposto quanto à necessidade de um rigoroso registo da documentação entrada na ADSE.

Nestes termos, ultrapassada a questão concreta do presente caso e atentas as medidas em curso para implementar um novo sistema de controlo dos documentos de despesa recepcionados, informo V. Ex.^a de que foi decidido proceder ao arquivamento do respectivo processo neste órgão do Estado.

R-1056/04

Assessor: Fátima Monteiro Martins

Entidade visada: Instituto de Solidariedade e Segurança Social

Assunto: Divulgação de informação e encaminhamento dos beneficiários da segurança social sem prazo de garantia para acesso à pensão de velhice.

Através de diversas queixas recebidas na Provedoria de Justiça, este órgão do Estado tem tido conhecimento da falta de informação dos cidadãos

em geral sobre os seus direitos, e das dificuldades e prejuízos que por vezes esse facto acarreta para o exercício dos seus direitos.

Muito recentemente, um beneficiário do regime geral da segurança social com 67 anos de idade, que cessou o exercício do seu trabalho por despedimento pela entidade empregadora, apresentou uma exposição na qual reclama da decisão de indeferimento do seu pedido de pensão de velhice dirigido ao Centro Nacional de Pensões (CNP), e alega não ter recursos económicos que lhe permitam o seu sustento.

Analisado o caso concreto, constatou-se que não merece qualquer censura a decisão de indeferimento proferida pelo CNP, uma vez que o reclamante não apresenta prazo de garantia que nos termos do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro, lhe permita o acesso à pensão requerida.

E é forçoso reconhecer-se que também não podem ser motivo de reparo do Provedor de Justiça os termos do ofício através do qual a referida decisão foi notificada ao beneficiário, uma vez que, em cumprimento do disposto no Código do Procedimento Administrativo e da própria Constituição, é devidamente esclarecido o seu sentido de indeferimento e os fundamentos legais que lhe estão subjacentes.

Acontece, porém, que muito embora não seja encontrado qualquer vício no procedimento administrativo desencadeado, não deixa este órgão do Estado de constatar que um ofício nos termos do que foi enviado ao reclamante em causa, e cuja cópia se junta para uma melhor elucidação, não permite ao mesmo um conhecimento sobre se terá direito a qualquer outro tipo de protecção ou que passo dar face à decisão que lhe foi comunicada.

É certo que sobre os cidadãos recaem também deveres de participação e cooperação e não podem ser assacadas responsabilidades por direitos não exercidos ou prejuízos sofridos com base no desconhecimento da lei.

Assiste-lhes, no entanto, um direito à informação adequada sobre os seus direitos e obrigações, ao qual é dada expressão não só directamente no artigo 74.º da actual Lei de Bases da Segurança Social, Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro, como através do princípio da informação que rege o sistema de segurança social, e através dos deveres de informação que sobre o Estado em geral impendem, consagrados designadamente nas atribuições e competências legalmente fixadas no âmbito dos estatutos desse Instituto de Solidariedade e Segurança Social (ISSS).

Com efeito, nos termos do disposto no artigo 4.º dos estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, uma das atribuições do ISSS é *promover a divulgação da informação e as acções adequadas ao exercício do direito de informação e de reclamação dos interessados, bem como a dignificação da imagem do sistema de solidariedade e segurança social*, a qual é desenvolvida pelos seus diversos serviços, aos quais compete, neste particular, promover a melhoria do conhecimento dos direitos por parte dos seus titulares e da qualidade dos serviços prestados junto dos cidadãos.

Deste modo, sendo o Centro Nacional de Pensões um dos serviços do ISSS, ao qual também está cometida a promoção da adequada circulação da informação [artigo 28.º, n.º 1, alínea n) dos Estatutos do ISSS], verifica-se que os ofícios que enviam aos beneficiários para notificação das suas decisões, designadamente os que, como aconteceu no caso do reclamante já citado, dão conhecimento da falta de prazo de garantia necessário para o acesso à pensão de velhice, poderiam constituir igualmente veículos de informação e encaminhamento dos visados.

Presentemente, aqueles ofícios, ainda que comunicando devidamente a decisão que recaiu sobre os pedidos de pensão de velhice e os seus fundamentos, não permitem aos destinatários uma percepção sobre outros direitos e garantias a que o sistema lhes pode possibilitar o acesso ou sobre a forma de poderem tomar conhecimento a respeito dos mesmos.

Assim, se é certo que muitos dos beneficiários, todos sem condições já, de um modo geral, para retomar a sua actividade profissional, recorrem posteriormente aos serviços de segurança social para solicitar as informações necessárias, outros vêm na decisão tomada a última palavra do sistema, sem saberem que recursos adoptar para fazer face às suas necessidades essenciais.

Alguns desses casos, como o do reclamante, são depois objecto de queixas para este órgão do Estado, na esperança de que o Provedor de Justiça faça *justiça* às difíceis situações concretas que lhe são expostas, mas mais não podendo receber, em resposta, do que o esclarecimento sobre os tipos de protecção garantidos pelo sistema, e das entidades competentes para esse fim.

Ora, não pode, pois, deixar de se verificar que estas situações de falta de informação seriam certamente prevenidas caso os ofícios em causa do CNP, fruto de minutas pré-elaboradas, contivessem alguns elementos para o encaminhamento dos beneficiários, na esteira das acções desenvolvidas pelos vários

serviços desse ISSS para promover a informação dos cidadãos, e no âmbito das suas atribuições e competências.

Solicito, por conseguinte, a V. Ex.^a que sejam consideradas as observações expostas e ponderada a melhor forma de veicular a informação essencial e necessária aos beneficiários que se encontram em circunstâncias similares à do reclamante, eventualmente promovendo a inclusão de uma nota nesse sentido nas minutas dos ofícios do CNP que notificam do indeferimento da atribuição de pensão de velhice por falta de prazo de garantia, que no mínimo bastaria encaminharem os interessados para o centro distrital de solidariedade e segurança social da sua área de residência, com vista à obtenção de esclarecimentos sobre outras prestações sociais a que possam aceder.

Nota: A resposta foi, primeiramente, prestada pelo Centro Nacional de Pensões, o qual comunicou que a sugestão apresentada pela Provedoria de Justiça mereceu a melhor atenção da sua parte e que, em consequência, vai ser efectuada uma avaliação de todos os ofícios que procedem à notificação do indeferimento das pensões, no sentido de passarem a incluir informação sobre outros direitos e garantias que o sistema de Segurança Social pode facultar. Posteriormente, o Conselho Directivo do ISSS veio manifestar a sua preocupação quanto à questão do direito à informação e o seu empenhamento em garantir o devido cumprimento daquela obrigação legal, tendo comunicado que foi criado um grupo de trabalho com o objectivo de propor novos meios de actuação internos e externos nesta matéria.

R-1426/04

Assessor: Fátima Martins

Entidade visada: Secretaria de Estado da Segurança Social

Assunto: Pagamento das contribuições à segurança social.

Foram recentemente colocadas à consideração deste órgão do Estado diversas questões relacionadas com o pagamento de contribuições à segurança social, que conduziram ao estudo e análise do enquadramento legal actualmente vigente nesta matéria, e parecem tornar pertinente a presente intervenção junto de V. Ex.^a.

É certo que as principais queixas dos cidadãos que se dirigiram à Provedoria de Justiça sobre esta matéria, não apresentaram fundamentos para

uma censura à actuação dos serviços em causa, uma vez que aquela se regeu pela legislação em vigor, designadamente o Decreto-Lei n.º 236/91, de 28 de Junho, e o Decreto-Lei n.º 8-B/2002, de 15 de Janeiro.

Não obstante, apreciados estes dois diplomas, bem como o Despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado da Solidariedade e Segurança Social de 02 de Janeiro de 2002, proferido nos termos do referido Decreto-Lei n.º 236/91, constata-se que não pode este órgão do Estado deixar de colocar junto de V. Ex.^a uma outra questão igualmente pertinente.

O Decreto-Lei n.º 236/91 estabelece as regras gerais para a cobrança dos valores que são devidos às instituições de segurança social, introduzindo alterações no regime então vigente a fim de, segundo o seu preâmbulo, possibilitar a rápida conversão dos recursos cobrados em disponibilidades.

O Decreto-Lei n.º 8-B/2002, por sua vez, com a reorganização entretanto operada no sistema de segurança social, veio definir novas regras nesta matéria, mas apenas aplicáveis às entidades empregadoras (e instituições de previdência), uma vez que o diploma se limitou a aprovar os processos de inscrição das mesmas e de cobrança das suas contribuições, não se estendendo aos restantes contribuintes.

Ora, verifica-se assim que existe uma verdadeira discrepância entre os regimes aplicáveis, por um lado às entidades empregadoras, por outro aos restantes contribuintes, nesta matéria da cobrança das contribuições devidas à segurança social.

Enquanto o Decreto-Lei n.º 8-B/2002 prevê que os modos de pagamento nas instituições de crédito são “*por transferência, numerário, cheque do próprio banco ou através de débito em conta no respectivo banco*”, de acordo com o seu artigo 19.º, o Decreto-Lei n.º 236/91 estabelece o pagamento nestas instituições “*por transferência bancária, em numerário, ou em cheque sacado sobre instituições de crédito a operar em território nacional*” (artigo 1.º), sendo certo que esta forma de pagamento ao abrigo deste segundo diploma, embora estando prevista, não pode ser actualmente concretizada, por estar abrangido pelo protocolo celebrado com a banca somente o pagamento por parte de entidades empregadoras.

A discrepância estende-se ainda ao previsto no citado Despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado da Solidariedade e Segurança Social de 02 de Janeiro de 2002, que estipula os limites dos montantes cujo pagamento

pode ser admitido nas tesourarias da segurança social, e prevê também regras diferentes consoante a natureza dos contribuintes.

Assim, para os *contribuintes independentes, de seguro social voluntário e do pessoal do serviço doméstico*, é permitido o pagamento de contribuições nas tesourarias da segurança social sem qualquer limite quanto ao seu montante.

Já para os *contribuintes/entidades empregadoras*, o pagamento pode ser efectuado nas mesmas tesourarias, até um limite de € 150 se em numerário ou cheque, e sem qualquer limite se através de cheque visado ou terminal de pagamento automático, quando disponível.

Verifica-se, assim, uma divergência e uma certa desarticulação entre as normas em vigor para a efectivação do pagamento das contribuições devidas à segurança social, que não parece justificar-se nem ser já adequado presentemente, em particular face à preocupação crescente com a gestão dos recursos do sistema.

Repare-se ainda, designadamente, no facto de o despacho em apreço ter sido produzido apenas no âmbito do Decreto-Lei n.º 236/91, de 28 de Julho, previamente à publicação do Decreto-Lei n.º 8-B/2002, de 15 de Janeiro, e este segundo diploma ter estabelecido no seu artigo 18.º, alínea b), que os pagamentos pelas entidades empregadoras podem ser efectuados “*nas tesourarias dos serviços do sistema de solidariedade e segurança social quando a quantia a pagar não exceder o montante a fixar, periodicamente, por despacho do ministro da tutela*”.

E veja-se que um limite de € 150 fixado para que as entidades empregadoras possam efectuar o pagamento junto das tesourarias da segurança social, através de numerário ou cheque, não parece já actualizado atento o período de tempo já decorrido desde que o despacho foi proferido.

A estas questões, acresce ainda uma outra que já não se prende com os regimes estabelecidos nesta matéria, mas sim com a falta de terminais de pagamento automático que possam facilitar os pagamentos por parte dos contribuintes nos serviços locais.

Com efeito, pelos reclamantes foi denunciado este problema, que se julga pertinente na esteira das medidas que têm sido adoptadas com vista a facilitar a cobrança de contribuições e, para esse efeito, a aproveitar os novos meios tecnológicos disponíveis, muito mais prementes no que respeita a servi-

●
●
●
Assuntos sociais...

ços que se situam longe das capitais e visam satisfazer as necessidades das populações locais.

Face ao exposto, solicito, por conseguinte, a melhor atenção de V. Ex.^a relativamente às considerações e observações efectuadas, e a ponderação sobre a eventual necessidade de uma tomada de iniciativa legislativa com vista a uma maior eficiência e coordenação em matéria de cobrança das contribuições e quotizações para a segurança social, bem como da adopção das providências necessárias para que sejam implementados meios mais eficazes nos serviços locais para aquele fim, como os terminais de pagamento automático.

Mais solicito que das conclusões que forem alcançadas a respeito do presente assunto e das providências que forem adoptadas, seja dado o devido conhecimento a este órgão do Estado.

R-1585/04

Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Santarém

Assunto: Falta de fundamentação deliberações das comissões de verificação de incapacidade temporária (CVIT) e permanente (CVIP).

Reporto-me ao ofício, que agradeço, através do qual foram enviados a este órgão do Estado os elementos solicitados relativamente à beneficiária em epígrafe, designadamente cópia das deliberações das comissões de verificação de incapacidade temporária (CVIT) e permanente (CVIP) a que foi presente.

Após análise dessas deliberações, verifica-se, no entanto, a sua desconformidade com a legislação em vigor e a conseqüente e grave violação dos direitos da beneficiária em causa por falta da devida fundamentação, para o que não pode deixar de se chamar a atenção de V. Ex.^a, e em particular no que respeita à deliberação da CVIP de 11.11.2003 e a da CVIT de 06.04.2003.

É certo que os actos médicos de peritagem em apreço foram produzidos no âmbito da discricionariedade e independência técnica que legalmente é reconhecida e garantida aos peritos médicos do Sistema de Verificação de Incapacidades (SVI) para a sua actuação, e que, por esse motivo, não cabem

dentro das competências do Provedor de Justiça a apreciação do seu sentido e do seu mérito.

Acontece, porém, que a falta de fundamentação destas deliberações constitui uma violação da lei na própria elaboração e produção do acto médico, pelo que já não está em causa a discricionariedade mas sim a sua ilegalidade manifesta, relativamente à qual este órgão do Estado não pode nem deve, de forma alguma, ficar indiferente.

Com efeito, o dever de fundamentação decorre não só da regulamentação específica do SVI, como do Código do Procedimento Administrativo e da própria Constituição da República Portuguesa, onde é expressamente consagrado como requisito formal fundamental para a prática dos actos.

O seu incumprimento constitui, por conseguinte, uma ilegalidade, já muito grave por contender com uma garantia constitucional dos cidadãos de ver os actos que afectam os seus direitos devidamente fundamentados, mas mais grave ainda porque parece consubstanciar uma prática constante e reiterada do Serviço de Verificação de Incapacidades desse Centro Distrital – veja-se que estão em análise quatro deliberações da CVIT e uma da CVIP –, e mesmo após a emissão pelo Conselho Directivo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social (ISSS) da Orientação Técnica n.º 11/2003, de 04.08.2003.

Como decerto é do conhecimento desses serviços, e embora já fosse decorrente da lei, aquela orientação técnica veio expressamente reforçar a necessidade de cumprimento do dever de fundamentação nas deliberações das comissões de verificação, de reavaliação e de recurso que integram o SVI, atentas as dificuldades sentidas sobre a matéria e a inobservância sistemática que do mesmo foi verificada pelo ISSS.

Nesse sentido, foi estabelecido que devem ser fundamentadas todas as deliberações, com especial atenção para as que considerem o beneficiário apto, devendo essa fundamentação observar duas vertentes, uma de direito, que considere as exigências legalmente previstas para a situação em causa, e outra de facto, que considere os resultados da observação clínica do beneficiário. Foi ainda dada orientação expressa no sentido de toda a fundamentação dever ser explícita, ou seja, elaborada de um modo claramente perceptível.

Por outro lado, no “Manual de Critérios de Avaliação Pericial”, elaborado no âmbito do SVI através do Conselho Médico Nacional em 2001, estão igualmente vertidas orientações técnicas no sentido de os peritos médicos deverem, acima de tudo, *fundamentar sempre todas as deliberações, nomea-*

damente e de modo mais pormenorizado, aquelas em que concluírem pela aptidão para o trabalho.

O caso concreto que foi objecto de queixa é um exemplo claro do lapso que venho referindo. Enquanto o relatório médico em apreciação final conclui pela incapacidade permanente para o exercício da profissão/trabalho desempenhado, na sequência de impressão diagnóstica fundamentada, a comissão de verificação limita-se a não reconhecer a incapacidade, sem qualquer complemento justificativo.

A falta de fundamentação é nítida, e precisamente em uma situação na qual mais necessária, devida e obrigatória se apresenta, ou seja, quando a decisão final é de sentido contrário ao parecer que a antecede, uma vez que bastaria mera declaração de concordância se não ocorresse divergência com o parecer anterior.

Face a todo o exposto, e constatando-se que as deliberações constantes do processo clínico da beneficiária não se encontram devidamente fundamentadas em incumprimento da lei e desrespeito pelas orientações em vigor, designadamente as proferidas em 11.11.2003¹³⁷ e 06.04.2004 por não reconhecerem a sua incapacidade temporária e permanente para o trabalho, solicito a V. Ex.^a que seja providenciada a (re)apreciação do caso e adoptados os procedimentos necessários à reposição da legalidade nesta situação concreta.

Mais solicito a V. Ex.^a que seja esclarecido se a falta de fundamentação das deliberações constitui prática reiterada das comissões do serviço de verificação de incapacidades desse centro distrital, e na afirmativa se já foram ou estão a ser adoptadas medidas e providências com vista ao abandono da mesma.

Do presente ofício foi dado conhecimento ao Instituto de Solidariedade e Segurança Social.

Nota: Em resposta, veio o Instituto de Solidariedade e Segurança Social comunicar que havia solicitado aos centros distritais de segurança social informação sobre as medidas adoptadas para cumprimento da Orientação Técnica n.º 11/2003 relativa à fundamentação das deliberações do SV.

¹³⁷ Nesta deliberação da CVIP de 11.11.2003, o dever de fundamentação era ainda mais acentuado por a mesma ter sido contrária ao parecer do médico relator, que entendeu encontrar-se a beneficiária incapaz permanentemente para o exercício da sua profissão.

Entidade visada: Instituto da Segurança Social

Assunto: Pensão de Invalidez. Atraso no processo de verificação de incapacidade permanente.

Foi recebida na Provedoria de Justiça uma reclamação através da qual se contesta a excessiva morosidade do processo de verificação de incapacidade permanente.

Informa a reclamante ter apresentado o requerimento inicial em 06.11.02 junto do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa, com vista ao reconhecimento da sua situação de incapacidade permanente para o trabalho.

A comissão de verificação de incapacidade permanente teve lugar apenas em 12.11.03, ou seja, cerca de um ano após a apresentação do requerimento inicial.

O processo foi encaminhado pelo centro distrital para o Centro Nacional de Pensões em 17.11.03 e a beneficiária só foi notificada do deferimento da pensão e data a partir da qual a mesma produzia os seus efeitos, em 18.03.04.

A morosidade de todo este processo afectou sobremaneira a beneficiária que se viu forçada, com grande sacrifício, a manter a sua actividade profissional, não obstante a situação de verdadeira incapacidade para o trabalho confirmada, ainda que tardiamente, pela comissão de verificação de incapacidade permanente que, inclusivamente, entendeu reportar o início da pensão à data da apresentação do requerimento.

Como V. Ex.^a bem concordará, no caso em apreço é possível verificar atrasos significativos quer na condução do processo junto do centro distrital de segurança social (que demorou cerca de 1 (um) ano a convocar a beneficiária para o exame médico), quer junto do Centro Nacional de Pensões que necessitou de cerca de 4 (quatro) meses para calcular e notificar a beneficiária do montante da pensão e data a partir da qual a mesma lhe era devida.

Como supra referido tais atrasos prejudicaram a beneficiária, na medida em que, embora verdadeiramente incapacitada se viu forçada a trabalhar.

Esta situação não pode deixar de merecer, por tudo isso, uma especial chamada de atenção a V. Ex.^a, com vista a que sejam tomadas as medidas ou procedimentos adequados que possibilitem uma maior celeridade destes processos, nomeadamente no que concerne à atempada notificação aos beneficiários do deferimento dos seus pedidos de pensão por invalidez.

R-3409/04

Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Caixa Geral de Aposentações

Assunto: Processo de habilitação a duodécimos de subsídio de Natal.

Em 3.09.2004, através de ofício, essa Caixa prestou esclarecimentos ao Provedor de Justiça sobre o processo de habilitação a duodécimos de subsídio de Natal, por óbito do pensionista.

De acordo com o referido ofício, essa entidade pagou o montante devido a título de duodécimos de subsídio de Natal, na integralidade, à Senhora D. ..., madrastra da aqui reclamante, limitando-se a “*proceder de acordo com os dados contidos no impresso (requerimento) oportunamente apresentado*”.

Efectivamente, foi preenchido o ponto 2 do quadro 5, autorizando-se o pagamento da importância devida no NIB correspondente à conta da Senhora D. Por outro lado, também é verdade que os vários campos (1 a 6) do quadro 6 só deverão ser preenchidos “*no caso de não ter respondido afirmativamente ao ponto 2 do quadro 5*”.

Assim sendo e de acordo com uma análise simplista do requerimento aqui em análise, poderia concluir-se pela correcção dos procedimentos dessa caixa.

No entanto, existem neste processo de habilitação ao pagamento de duodécimos de subsídio de Natal, outros dados que impedem uma leitura tão linear e redutora dos factos e que tornam censurável a actuação da CGA.

Senão veja-se:

- em 24.07.2003, a aqui reclamante pediu à CGA informações sobre o estado do processo, manifestando o seu desagrado pelo facto de ter decorrido quase um ano da data de entrega do pedido e não ter sido creditada na sua conta bancária qualquer importância;
- em 22.10.2003, volta a reclamante a solicitar a essa caixa que lhe sejam pagos os duodécimos em questão;
- em 23.10.2003, a CGA solicita à família de ... o “*envio de fotocópia do bilhete de identidade e do cartão fiscal de contribuinte dos requerentes: ... E ..., no prazo de 30 dias a contar da data do ofício, findo o qual o processo será arquivado*”;
- as requerentes remeteram a esses Serviços a documentação acima identificada, em 28.10.2003;
- entretanto, em 25.10.2003, já a CGA tinha procedido ao processamento do pagamento da totalidade da importância devida, através de transferência bancária para o NIB da Senhora D.

Face à sucessão de factos supra descrita, não pode este órgão do Estado bastar-se com os esclarecimentos já obtidos, sem questionar:

1) porque solicitou a CGA à família do falecido, em 23.10.2003, o envio de fotocópia dos bilhetes de identidade e dos cartões de contribuinte de ... e de ..., se dois dias depois, em 25.10.2003, e sem respeitar o prazo concedido para a recepção dessa documentação (30 dias), procedeu ao pagamento dos duodécimos aqui em causa? ¹³⁸;

¹³⁸ De sublinhar que essa documentação foi solicitada às pessoas supra identificadas, na qualidade de “requerentes” e não de “herdeiras” do Senhor Ou seja, tudo leva a crer que esse pedido tinha em vista dar cumprimento ao disposto no quadro 6 (cujo título é “*assinatura e morada do(s) requerente(s)*” e não para complementar o quadro 1, pois aí fala-se em “*identificação do(s) herdeiro(s)*”).

2) se teve necessidade de corresponder-se com a família do falecido para solicitar o envio daquela documentação, porque não aproveitou a CGA a ocasião para solicitar que fossem aclarados os termos do requerimento, que apresentava preenchidos dois campos incompatíveis entre si? (os campos 5 e 6).

A nosso ver, a necessidade de colocar estas duas questões evidencia, por si só, uma instrução deficiente do processo em apreço e uma total incongruência, da parte da CGA, na condução do mesmo, a qual acabou por prejudicar as filhas do falecido em benefício da Senhora D. ... que recebeu indevida e injustamente um montante que caberia às três herdeiras identificadas.

Mais se diga que a não existirem no processo quaisquer outros elementos que fundamentem a actuação dessa entidade, neste caso concreto, não poderá essa caixa entender, como parece fazê-lo, que procedeu bem ao pagar à 1.^a herdeira todo o montante em dívida.

Em face de todo o exposto, insisto na necessidade de se proceder à reappreciação deste caso, por forma permitir a compensação das Senhoras D. ... e ..., prejudicadas pelo deficiente funcionamento da secção que procedeu à instrução deste processo.

Faço, por último, apelo a V. Ex.^a para serem adoptadas orientações no seio da caixa, no sentido de serem pedidos esclarecimentos aos requerentes sobre o sentido da sua vontade, sempre e quando declararem intenções contraditórias, aquando do preenchimento de formulários para obtenção de benefícios e outras prestações sociais, como aquele para habilitação a duodécimos de subsídio de Natal.

R-3905/04

Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Conselho de Administração do Hospital Fernando Fonseca, S.A.

Assunto: Exagerado tempo de espera no serviço de urgências do hospital e cobrança ao utente de taxa moderadora apesar de este não ter chegado a ser assistido, após 10 horas de permanência naquela unidade hospitalar.

Na sequência da entrada neste órgão do Estado, em 23.09.2004, de uma queixa subscrita pelo Senhor ..., ao abrigo da qual relatava o alegado atendimento deficiente que lhe foi prestado no serviço de urgências desse hospital, em 4.09.2004, dando conhecimento da reclamação dirigida, em 20.09.2004, a essa Administração, procedeu-se à auscultação do Gabinete de Informação e Orientação, com vista a apurar qual o encaminhamento conferido à carta do reclamante.

Muito recentemente, em 22.11.2004, foi dado conhecimento a estes Serviços do ofício que lhe foi dirigido, em 9.11.2004, a título de resposta à sua reclamação (bem como do aditamento à mesma, datado de 15.11.2004).

Não obstante se considerar positiva e adequada a decisão ali patente de anular a nota de débito (no valor de € 6,10), remetida ao Senhor ..., permito-me formular algumas observações adicionais à actuação desse hospital, no âmbito deste episódio.

Assim e quanto ao segundo parágrafo do ofício remetido ao referido utente, não posso deixar de notar que foram identificadas as horas exactas a que o mesmo deu entrada no hospital (20:35 h) e que foi objecto da triagem (20:39 h), mas nada se diz quanto ao momento em que tiveram lugar as chamadas efectuadas pelo médico assistente.

Ora, esse dado é essencial para apurar da razoabilidade do tempo de espera que o utente foi obrigado a suportar. Refira-se ainda que a acreditar nas palavras doente – e não há motivos para não o fazer – este só abandonou essa unidade hospitalar às 6:00h do dia seguinte.

Conclui-se, pois, ser deficiente a instrução e a resposta prestada ao interessado, quanto a este ponto.

Por outro lado, entende-se e aceita-se o alcance do estabelecido no 4.º parágrafo.

Com efeito, os doentes evidenciando patologias não emergentes devem dirigir-se, em primeiro lugar, aos centros de saúde da área da sua residência – mormente aos serviços de atendimento permanente (SAP) – procurando aí resposta para os seus problemas de saúde. Apenas e só, na eventualidade de tal resposta não ser possível ou suficiente, deveriam os centros de saúde referenciar os pacientes para os hospitais.

O inverso, contudo, também deveria ser uma realidade. Se chegar ao serviço de urgências desse hospital um cidadão apresentando patologia não emergente que de acordo com a triagem com base no *protocolo de Manches-*

ter só virá a ser assistido, presumivelmente, várias horas depois, não se compreende como não se procede ao seu aconselhamento, no sentido de – em alternativa – se dirigir ao centro de saúde (ou SAP) da área da sua residência, por forma a obviar ao tempo de espera exagerado que terá de suportar, se optar pela assistência hospitalar.

Certamente que muitos utentes ao serem cabalmente informados das possibilidades de atendimento ao seu dispor, não deixarão de escolher aquela que lhes poderá dar uma resposta clínica adequada, com maior rapidez. Logrando-se, dessa forma, também um descongestionamento dos serviços de urgência dos hospitais.

Por último e quanto à questão (aflorada no 5.º parágrafo) da grande afluência de utentes (em média 391 por dia) ao serviço de urgência geral desse hospital, não posso deixar de observar que a relevância desse número dependerá da composição das equipas de profissionais escaladas para esse serviço de urgências. Assim e se os elementos (médicos e outros técnicos de saúde) que as integram, neste momento, não permitem assegurar a prestação de assistência aos dela necessitados, em tempo útil e aceitável, então, a solução terá de passar pelo incremento de pessoal e não pelo estreitar da triagem com base no *protocolo de Manchester*.

R-4224/04

Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Hospital Júlio de Matos

Assunto: Situação clínica e pessoal de um doente.

Dirijo-me a V. Ex.^a, no âmbito do processo acima referenciado, o qual respeita à situação do Senhor..., paciente desse hospital.

Como já é do conhecimento de V. Ex.^a, a Provedoria de Justiça, acompanha a situação deste cidadão, desde Outubro do corrente ano, na sequência da recepção de uma queixa da parte de um vizinho deste doente, o qual entende não existirem, de todo, condições para este continuar, em sua casa, abandonado à sua doença, sem apoio clínico, social e familiar.

Com vista à melhor compreensão da situação em apreço, solicitou este órgão do Estado à Autoridade de Saúde no Centro de Saúde dos Olivais, Dr.^a ..., a elaboração de um relatório sobre o percurso e condições de vida deste utente (n.º de internamentos conhecidos, seu quotidiano, suas ocupações e forma de sustento e condições da sua habitação).

Esse relatório foi recepcionado, muito recentemente, e ilustra bem a urgência da tomada de medidas, com vista ao acompanhamento correcto do Senhor

A leitura atenta do mesmo, evidencia que este cidadão carece de tratamento medicamentoso contínuo, o qual só tem vindo a ser assegurado nos períodos em que o mesmo se encontra internado nesse hospital, uma vez que pouco após as altas clínicas a que tem vindo a ser submetido, interrompe essa medicação, por não dispor de apoio social de retaguarda que permita a manutenção da toma regular desses medicamentos.

Com esta constatação não se pretende pôr em causa as altas clínicas que têm vindo a ser concedidas ao utente, as quais como actos médicos que são, escapam ao acervo de competências do Provedor de Justiça.

O que se entende sublinhar é que, em casos como o presente, qualquer alta clínica que não seja acompanhada de uma alta social, que garanta a integração social do doente, é desprovida de qualquer sentido, contribuindo isso sim para a degradação progressiva do estado de saúde do interessado.

Assim sendo, torna-se forçoso concluir que o Hospital Júlio de Matos não tem acompanhado devidamente esta situação, de uma perspectiva social. Prova disso são as condições em que lhe foi atribuída alta hospitalar, em 30.06.2004, sem qualquer cumprimento das medidas de articulação com o Centro de Saúde dos Olivais, anteriormente, acordadas.

Mais se conclui que o Senhor... necessita, novamente, de apoio clínico urgente.

Isso o atestam, não só as fotografias da sua habitação, como o relatório da Autoridade de Saúde acima identificado.

Em face de todo o exposto, solicito a V. Ex.^a se digne adoptar as providências necessárias, para em articulação com a Autoridade de Saúde no Centro de Saúde dos Olivais, se assegurar, com premência, a saúde e a vida deste doente, por forma a permitir a sua devolução à vida familiar e social, em termos clinicamente estáveis e duradouros.

Caso esta devolução não seja viável, por ora, importa ainda adoptar os mecanismos próprios ao encaminhamento do Senhor... para uma instituição dita de retaguarda que disponha de meios para o cuidar e tratar até ao seu total restabelecimento.

R-4500/04

Assessor: Rita Cruz

Entidade visada: Instituto da Segurança Social

Assunto: Atrasos nos processos de cálculo dos acréscimos à pensão por exercício de actividade. Direito dos administrados à informação por parte da Administração.

A intervenção do Provedor de Justiça tem sido solicitada, com insistência, por parte de diversos pensionistas de velhice que se queixam dos excessivos atrasos do Centro Nacional de Pensões no cálculo e processamento dos acréscimos a que têm direito por força da acumulação da pensão de velhice com o exercício de actividade profissional (artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro).

Contestam ainda alguns pensionistas a total ausência ou excessiva demora na resposta aos pedidos de informação que, sobre aqueles atrasos, dirigem ao Centro Nacional de Pensões.

A este propósito, e a título meramente exemplificativo, permito-me dar conhecimento a V. Ex.^a de alguns casos concretos – entretanto já resolvidos – que foram apresentados a este órgão do Estado, e nos quais se verificou existirem atrasos significativos no cálculo e processamento de acréscimos, a saber:

(...), beneficiário n.º (...)

(...), beneficiário n.º (...)

(...), beneficiário n.º (...)

No âmbito da instrução destes processos, o Centro Nacional de Pensões informou este órgão do Estado das razões que justificavam, em concreto, os atrasos no pagamento dos acréscimos.

Há, contudo, o caso concreto de um beneficiário que mereceu, oportunamente, uma especial intervenção por parte deste órgão do Estado junto do Centro Nacional de Pensões e que, recentemente voltou, a dirigir-se ao Provedor de Justiça.

Refiro-me à situação do *Senhor (...), beneficiário n.º (...)*, que em 05.01.2004 se dirigiu pela primeira vez a este órgão do Estado queixando-se por um lado, (1) do atraso no pagamento dos acréscimos referentes ao ano de 2002 a que tinha direito, e por outro da (2) ausência de resposta às sucessivas cartas que havia dirigido àquele centro em 17.05.03, 09.07.03, 12.08.03 e 10.10.03.

Quanto à primeira questão – atraso no cálculo dos acréscimos – foi possível apurar que o mesmo se ficou a dever à demora na confirmação, por parte do Centro Distrital de Segurança Social de Viseu, dos registos contributivos do beneficiário.

Já no que concerne à falta de resposta às reclamações apresentadas pelo pensionista, foi enviado um ofício de *chamada de atenção* ao CNP, cuja cópia se junta para melhor esclarecimento de V. Ex.^a, no qual se defendeu o *direito dos administrados a serem informados, sempre que o requeram, sobre o andamento dos procedimentos em que sejam directamente interessados*, conforme previsto no artigo 288.º, n.º 1 da Constituição e artigo 61.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Em resposta, cuja cópia igualmente se junta, o Centro Nacional de Pensões veio informar este órgão do Estado de que iria desenvolver todos os esforços para evitar situações idênticas, alegando que o grande volume de pedidos, não só de acréscimos às pensões, mas também de outra natureza, que diariamente lhe são dirigidos, impedem os serviços de dar respostas intercalares aos mesmos.

Sucedem, porém, que a reclamação que este beneficiário volvido cerca de um ano, volta a dirigir ao Provedor de Justiça tem de novo por fundamento:

(1) *o atraso no cálculo e pagamento dos acréscimos referentes ao ano de 2003,*

(2) *a falta de resposta aos sucessivos pedidos de esclarecimento que, sobre esta questão, voltou a dirigir, ao Centro Nacional de Pensões em 02.03.04; 14.05.04; 29.07.04; 15.09.04; 06.10.04.*

Auscultado telefonicamente o Centro Nacional de Pensões, foi este órgão do Estado informado de que o atraso no cálculo dos acréscimos referentes ao ano de 2003 se encontrava já ultrapassado, pelo que o processamento iria, previsivelmente, efectuar-se em Dezembro.

Foi igualmente informado que este atraso terá sido motivado, novamente, (à semelhança do sucedido com o atraso no cálculo dos acréscimos referentes ao ano de 2002) pela necessidade de confirmar registos de contribuições que não constariam na base dados informática, alegadamente por existir um atraso/falta de lançamento dos mesmos por parte do respectivo centro distrital.

Não obstante a resolução do caso concreto, não pode este órgão do Estado, como por certo V. Ex.^a bem concordará, conformar-se com a situação em apreço.

Com efeito, a situação do Senhor (...) permite-nos concluir que não foram, até esta data, adoptadas quaisquer providências com vista a eliminar – ou pelo menos atenuar – as causas que determinam estes atrasos.

O caso em apreço demonstra ainda a necessidade de melhorar a articulação entre o Centro Nacional de Pensões e os centros distritais de segurança social, por forma a que toda a informação que deva constar na base de dados informática seja lançada atempadamente, evitando, desse modo, atrasos significativos na concessão de prestações.

Só assim poderá ser assegurado o *princípio da eficácia* – no sentido da concessão oportuna das prestações legalmente previstas – consagrado no artigo 20.º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 35/2002, de 20 de Dezembro).

Acresce que a situação de atraso reiterado do CNP no cumprimento de obrigações legais – nomeadamente o direito de informação dos administrados – permite ainda concluir que:

- ou existe uma inadequada organização e funcionamento dos recursos à disposição do Centro Nacional de Pensões;
- ou estamos perante uma insuficiência de recursos técnicos/informáticos e humanos necessários ao cumprimento cabal e em tempo oportuno das competências que por lei estão atribuídas àquele centro.

Em face do exposto, permito-me reiterar junto de V. Ex.^a a chamada de atenção que oportunamente este órgão do Estado formulou ao Centro

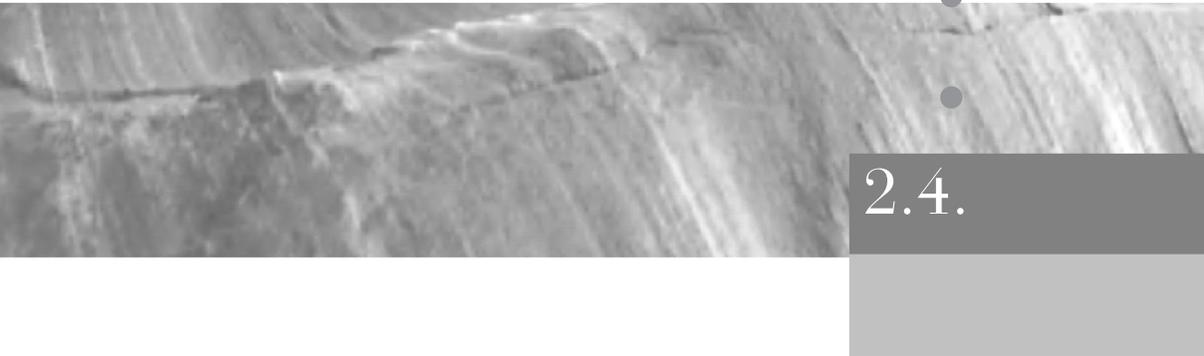


Censuras, reparos e sugestões...

Nacional de Pensões, no sentido de que “*sejam adoptadas providências e medidas necessárias para que de futuro seja adequadamente respeitado o direito à informação constitucionalmente reconhecido aos administrados, prevenindo a ocorrência de situações de incumprimento desrazoável dos procedimentos e prazos legalmente estabelecidos para esse efeito*”.

Finalmente, permito-me ainda reforçar a necessidade de serem adoptadas medidas que permitam uma melhor e mais eficaz articulação entre o Centro Nacional de Pensões e os centros distritais de segurança social, em particular no que concerne à oportuna troca de informação e/ou inclusão na base de dados informática, evitando desse modo o atraso na concessão das prestações.





2.4.

Assuntos de organização
administrativa e relação
de emprego público,
estatuto do pessoal
das forças armadas
e das forças de segurança

Provedor-Adjunto de Justiça:

Conselheiro Macedo de Almeida

Coordenador:

Alberto Amaral

Assessores:

Jorge Castelo Branco

Graça Fonseca

Fátima Almeida

Elisa Morgado

Ana Neves

Maria Namorado

Leonor Sampaio (até Janeiro)

Lurdes Garcia (até Junho)

Maria José Castello-Branco (desde Julho)

2.4.1. Introdução

I

1. Do conjunto de processos abertos no ano de 2004 na Provedoria de Justiça – 710 – e dirigidos à área que tem a seu cargo os assuntos de organização administrativa e função pública, ainda que se mantenha quanto ao conjunto das principais entidades visadas uma certa paridade com o verificado no ano de 2003, cumpre referir que para o ano a que respeita o presente relatório, as queixas dirigidas contra as entidades integrantes do Ministério da Educação, representaram 46,12% ¹³⁹⁻¹⁴⁰, quando no ano anterior esse conjunto não ultrapassou 27,54% dos processos entrados nesse ano, tendo descido percentualmente o número de queixas dirigidas contra outras entidades, conforme se poderá constatar da comparação entre o mapa anexo à nota introdutória desta área e o constante do Relatório de 2003.

2. No decurso de 2004 não se alterou substancialmente a natureza das queixas decorrentes de relações laborais apresentadas ao Provedor de Justiça, no âmbito das entidades que integram a Administração Pública, relativamente aos anos de 2003 e anteriores, sendo patente, de uma forma geral, na actuação daquelas entidades, as dificuldades que às mesmas se deparam, independentemente da natureza pública ou privada da relação jurídica laboral, para gerir de uma forma eficaz os seus recursos humanos, por razões que, genericamente, se deixaram referidas já em nota introdutória desta área em relatórios anteriores.

3. De realçar, de entre aquele conjunto de queixas, as apresentadas contra o Instituto da Segurança Social – 4,4% do total, superior a conjunto de

¹³⁹ Ao excessivo predomínio das queixas dirigidas contra o Ministério da Educação no ano de 2004 não foi alheia a forma como decorreram os concursos para docentes dos ensinos pré-primário, básicos e secundário relativos aos anos lectivos de 2003-2004 e 2004-2005.

¹⁴⁰ Uma parte significativa da percentagem de processos entrados – 24,6% – respeita a procedimentos concursais da Administração, sendo relevante a percentagem de queixas de docentes relativas aos concursos para os anos lectivos de 2003-2004 e 2004-2005.



queixas em que foram visadas várias entidades do Ministério da Administração Interna – que têm como elemento comum a dualidade de regimes de pessoal ¹⁴¹ – contrato individual de trabalho, como regime regra e regime de função pública, a extinguir – agravada ainda pelo facto de, posteriormente à entrada em vigor dos novos estatutos, se terem adoptado medidas legislativas relativas ao regime de função pública ali existente, ¹⁴² o que condiciona a actividade corrente do instituto ao nível da gestão do pessoal com funções inspectivas, particularmente em questões de natureza salarial ¹⁴³, conforme o regime laboral em causa ¹⁴⁴. Verificam-se ainda práticas naquele organismo que contendem com o princípio geral de extinção do regime de função pública, nomeadamente as relativas a reclassificações profissionais que implicam o ingresso em carreira diversa, bem como a abertura de concursos internos gerais de ingresso ¹⁴⁵.

II

1. Se bem que a actuação da Administração ao nível da colocação de pessoal docente não seja enformada por critérios de discricionariedade, o regime de colocação de docentes dos ensino pré-primário, básico e secundário, constante do Decreto-Lei n.º 35/2003 e diplomas subsequentes, não é suficientemente flexível de forma a corrigir, em tempo útil, a actuação administrativa lesiva dos direitos e interesses dos candidatos à obtenção de colocação em estabelecimento de ensino público, o que se verificava também no

¹⁴¹ O Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, que aprovou a nova orgânica do Instituto da Segurança Social, estabeleceu o contrato individual de trabalho como regime regra das relações laborais no âmbito do Instituto, mantendo-se o regime da função pública a extinguir.

¹⁴² É o caso do Decreto Regulamentar n.º 22/2001, de 26 de Dezembro, que, com efeitos retroactivos a 2000, criou a carreira de inspecção no âmbito do Instituto da Segurança Social, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril (estabeleceu o regime geral para as carreiras inspectivas da função pública).

¹⁴³ O Decreto-Lei n.º 112/2001 estabeleceu um suplemento por ónus de função inspectiva correspondente a 21,5% da remuneração base.

¹⁴⁴ A que, certamente, não é alheia a ausência de regulamentação a estabelecer para o pessoal com o regime de contrato individual de trabalho.

¹⁴⁵ A abertura de concursos visava, basicamente, “regularizar” a situação do pessoal com contrato administrativo de provimento através do seu ingresso na função pública.

regime de colocação instituído pelos Decretos-Leis n.ºs 18/88, de 21 de Janeiro, e 35/88, de 4 de Fevereiro.

2. Efectivamente, a complexidade do regime em vigor, particularmente no que concerne à recuperação automática de vagas – a não colocação de um docente implica automaticamente a colocação, na mesma vaga, de docente que se encontra ordenado imediatamente a seguir – induz a prática de um conjunto de actos consequentes susceptíveis de serem invalidados pela eventual ilegalidade do acto inicial. Contudo, a necessidade imposta pelo interesse público, na abertura do ano escolar, associada ao facto de o docente colocado ilegalmente já ter iniciado as suas actividades docentes, não é susceptível de permitir facilmente a revogação pela Administração Educativa do acto ilegal, face às consequências que a mesma poderá acarretar quanto aos actos consequentes deste. E, nestes casos, a intervenção do Provedor de Justiça revela-se muito problemática, tendo em conta a demora na instrução do processo. Apenas restará aos docentes lesados, em sede própria, a efectivação da responsabilidade civil do Estado.

3. Já nos restantes casos respeitantes a concursos, a capacidade de intervenção do Provedor de Justiça é limitada, pela natureza discricionária de determinados aspectos do procedimento, 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.

4. São recorrentes as queixas dirigidas ao Provedor de Justiça no que concerne à abertura de concursos, nos casos em que a actuação administrativa conducente a esse efeito seja imposta por lei. Trata-se de situações decorrentes da aplicação do disposto no Decreto-Lei n.º 121/96, de 09/08 ¹⁴⁶, em que sistematicamente se invoca a impossibilidade de abertura de concursos com fundamento na Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/2002, de 18/05.

5. Se bem que se considere razoável, para estes efeitos, a invocação de constrangimentos de natureza financeira e orçamental, já não parece que os mesmos possam ser invocados em situações de mera interpretação de dis-

¹⁴⁶ O art. 2.º do diploma aludido veio impor a abertura obrigatória de concurso para provimento em lugar de acesso disponível e orçamentado, sob a forma de concurso interno limitado, sempre que existirem funcionários posicionados no último escalão da respectiva categoria e com mais de seis anos de permanência na mesma, com classificação não inferior a bom.

posição transitória da lei ¹⁴⁷ que procedeu à reestruturação de serviços. Invocou-se que tal norma se limitou a “esclarecer e a enquadrar para futuro posições juridicamente relevantes até então regidas pela lei anterior no momento em que entrou em vigor a nova lei orgânica, não podendo servir de obstáculo ao exercício do direito” previsto no Decreto-Lei n.º 121/96, que consagra um verdadeiro direito subjectivo a ver aberto concurso que se sobrepõe à aferição casuística do interesse público, na perspectiva gestionária ou financeira habitualmente invocada.

6. Têm estas situações como “pano de fundo” a adopção de critérios de gestão adequados por parte da Administração que se subsumem à ausência de previsão nos planos de actividades e respectivos orçamentos da orçamentação dos concursos a abrir para o ano seguinte, evitando-se assim uma actualização casuística no próprio ano em que o concurso deve ser aberto.

III

1. Tem a Provedoria de Justiça sido confrontada ao longo dos últimos anos com inúmeras reclamações que têm por objecto a aplicação das normas relativas ao actual sistema retributivo e de carreiras da função pública, quer do regime geral, quer de alguns corpos especiais, com particular incidência no regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, o que conduziu o Provedor de Justiça, face à posição assumida pelo XV Governo de não promover qualquer medida legislativa ou administrativa tendente a resolver as situações de desequilíbrio ou desajustamento remuneratório e assumidamente reconhecidos pelo executivo face à ineficácia da adopção de qualquer medida nesse sentido, a pronunciar-se sobre a questão, tendo sido produzido um parecer ¹⁴⁸ no qual se reconhece alguma acuidade às críticas formuladas por aquele membro do Governo.

¹⁴⁷ No caso concreto, relatado na Recomendação n.º 12/A/2004, o Instituto Nacional do Desporto invocava a impossibilidade de abertura de concurso com fundamento na norma da lei orgânica que salvaguardava a validade dos concursos pendentes à data do início da vigência da nova lei orgânica, como fundamento de um critério genérico impeditivo da abertura de concursos de acesso.

¹⁴⁸ Integrado neste relatório no ponto 2.4.4.

2. Com efeito, não pode deixar de se reconhecer que o actual sistema não tem viabilidade, sendo propiciador de inúmeras situações de injustiça relativa, tendo o Provedor de Justiça considerado indispensável que se proceda a uma reflexão alargada em torno da forma como se encontra concebido o sistema retributivo vigente e simultaneamente uma intervenção de fundo que, de um modo integrado e sistematizado, permita ultrapassar as assimetrias e distorções geradas pelo regime em vigor.

3. De entre o conjunto de queixas dirigidas ao Provedor de Justiça, tem assumido particular relevância a actuação da Administração no exercício de poderes discricionários, as relativas a reclassificação e reconversão profissionais, inserindo-se a mesma no âmbito das situações de variação funcional. Assim, considerou o legislador como reclassificação profissional, a atribuição de categoria e carreira diferente daquela de que o funcionário é titular, reunidos que estejam os requisitos legalmente exigidos para a nova carreira (nomeadamente as habilitações literárias exigidas para ingresso nesta), e como reconversão a atribuição de categoria e carreira diferentes da que o funcionário é titular, sendo a falta de habilitações literárias ou qualificação profissional supridas pela aprovação em cursos ou curso de formação profissional.

4. Inserindo-se o princípio geral da reclassificação e reconversão profissionais na desadequação das funções exercidas face ao conteúdo funcional da categoria de origem detida pelo funcionário, o regime gizado tem dado azo a situações discutíveis no plano da legalidade dos actos praticados, já que nalguns casos tem a Administração promovido a reclassificação por efeito da simples aquisição de habilitações literárias, por parte do funcionário, invocando para o efeito o disposto no art. 4.º, alínea *d*)¹⁴⁹ do diploma citado, com preterição do regime regra de concurso para acesso a cargos públicos.

5. No que concerne à reconversão profissional exige a lei, como requisitos, entre outros “a frequência, com aproveitamento, do curso ou dos cursos de formação profissional que em cada caso seja determinada em função das habilitações já adquiridas e dos requisitos de ingresso e ou acesso na

¹⁴⁹ Art. 4.º, alínea *d*) do Decreto-Lei n.º 497/99: “Podem dar origem à reclassificação ou reconversão profissionais as seguintes situações:

d) A aquisição de novas habilitações académicas e ou profissionais, desde que relevantes para as áreas de especialidade enquadráveis nas atribuições e competências dos organismos e serviços da Administração Pública”.

nova carreira”. Só que tal regime tem conduzido, na prática, por omissão da Administração em determinar, nos termos do art. 9.º do mesmo diploma, a formação necessária à reconversão profissional, à inviabilidade de proceder a reconversões profissionais ¹⁵⁰.

6. No fundo a questão de saber que tipo de curso de formação é exigível para efeitos de reconversão profissional, acaba por se reconduzir às situações de formação necessárias para efeitos de intercomunicabilidade vertical, cuja previsão se encontra estabelecida no art. 25.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, e que ainda não foi objecto de regulamentação. Nesta matéria não deixou o Provedor de Justiça de chamar a atenção do Governo para a questão, no Parecer referido no ponto anterior, entendendo não ser admissível, decorridos 6 anos sobre a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 404-A/98 “manter o vazio regulamentar no tratamento desta matéria quando tal comportamento omissivo se mostra desprovido de justificação perante os princípios da justiça e da boa fé estruturantes da ordem jurídica e, de um modo geral, no plano da legalidade”.

IV

1. As formas atípicas de prestação de trabalho na Administração Pública, particularmente as decorrentes da utilização de contratos de prestação de serviços para o exercício de funções de autoridade ¹⁵¹ e do regime de actividade ocupacional, conduziram o Provedor de Justiça, no primeiro caso, a uma chamada de atenção da entidade visada, considerando inadequado o contrato de prestação de serviços para o exercício de funções de autoridade, e, no segundo caso, a uma tomada de posição ¹⁵², atendendo a que a figura de actividade ocupacional vinha sendo utilizada, quer pelas entidades promotoras, quer pelos serviços competentes que têm a seu cargo a sua fiscalização, em

¹⁵⁰ Nos termos do art. 9.º acima citado, a formação necessária à reconversão profissional é fixada caso a caso em despacho conjunto do membro do Governo da tutela.

¹⁵¹ Processo R-5/04 em que é visada a Direcção-Geral de Fiscalização e Controlo de Qualidade Alimentar e constante do presente relatório no ponto 2.4.5.

¹⁵² Recomendação n.º 4/B/2004 relativa às situações de actividade ocupacional.

manifesto desvio de poder, procurando os serviços prover às suas necessidades em recursos humanos.

2. Assume a figura da actividade ocupacional contornos indesejáveis quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista de obrigação moral por parte das entidades promotoras destes programas, bem como dos serviços fiscalizadores da actividade daquelas entidades, face às falsas expectativas geradas aos interessados que vêm, na ocupação de um posto de trabalho, o emprego desejado sem que as entidades públicas assumam a particular obrigação quanto à clarificação das formas de vinculação em relação a quem lhes presta trabalho.

3. Recomendou assim o Provedor de Justiça que se procedesse à alteração dos normativos em vigor de forma a clarificar o conceito de “trabalho necessário” como pressuposto da actividade ocupacional, a responsabilizar pessoal e solidariamente, quanto à reposição de verbas já concedidas, os responsáveis pela autorização de actividades ocupacionais que consubstanciem a ocupação de postos de trabalho, a responsabilizar as entidades promotoras que, tendo aceite projectos de actividade ocupacional, o desvirtuem de forma a corresponder a uma prestação de trabalho inerente a um posto de trabalho e a promover, por parte das entidades competentes, uma efectiva fiscalização dos programas de actividade ocupacional aprovados.

4. Não obstante o acatamento parcial da recomendação em causa, o que é certo é que continuam a surgir reclamações relacionadas com a má utilização dos programas ocupacionais, como é exemplo o reparo formulado a uma entidade da administração local ¹⁵³, que tendo procedido à abertura de um concurso, veio a preencher o lugar em questão através de desempregado em regime de actividade ocupacional.

5. Em todos os casos nota-se, na violação de direitos fundamentais com a utilização abusiva de programas de actividade ocupacional, um fio condutor comum – o desconhecimento que, sendo os empregos da Administração Pública, independentemente da natureza jurídica da relação laboral, preenchidos através de um procedimento prévio de selecção, não devem aqueles fazer parte da carteira de postos de trabalho vagos dos centros de emprego, e

¹⁵³ Processo R-2144/04 em que foi visada a junta de freguesia da Venteira e inserto no presente relatório no ponto 2.4.5.

o preenchimento de postos de trabalho, em actividade ocupacional, não comportar encargos salariais para a entidade promotora.

6. Aliás, afigura-se de tal modo flagrante a actuação das entidades administrativas no que concerne ao recrutamento de pessoal ao abrigo do regime dos programas ocupacionais para ocupação de postos de trabalho visando a satisfação de necessidades permanentes dos serviços que expressamente se admitiu ¹⁵⁴, por motivo de caducidade do contrato de trabalho o “... recurso a desempregados afectos ao IEFP ...” não afastando a possibilidade de o “... reclamante vir a ser contactado para novo contrato”.

7. Não pôde deixar de se chamar a atenção da entidade visada, já que um dos fundamentos para pôr termo ao contrato assentava na atribuição de determinadas condutas ao reclamante, sem se ter apurado qualquer dos factos que lhe eram imputados, com violação de todas as regras fundamentais de respeito e correcção para com o mesmo, colocando em risco o seu bom nome e dignidade.

8. No que concerne ainda à violação de direitos fundamentais convém referir a actuação da Administração ¹⁵⁵ ao entender que, com a aplicação de pena de natureza expulsiva – neste caso, aposentação compulsiva – o encargo com o pagamento de pensão transitória de aposentação seria da responsabilidade da Caixa Geral de Aposentações e não da Administração.

9. E manteve a entidade pública em causa a sua posição inicial denegadora do pagamento da pensão transitória de aposentação, contra as posições defendidas quer por este órgão do Estado, quer pela Caixa Geral de Aposentações e ainda pela DGAP.

10. Não pode deixar de se manifestar alguma perplexidade na posição assumida, tendo em conta que se trata de matéria que nunca levantou qualquer dúvida – não é conhecida jurisprudência contrária sobre o assunto – e que além do mais se encontra perfeitamente arraigada na cultura administrativa, desde há muitos anos. Com efeito e independentemente da causa que se encontre na sua origem, a pensão transitória de aposentação é sempre da

¹⁵⁴ Hospital da Nossa Senhora da Oliveira, SA de Guimarães, conforme relatado no processo R-3965/03 constante deste relatório no ponto 2.4.5.

¹⁵⁵ No caso concreto, a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Algarve, conforme relatado na Recomendação n.º 6/A/2004, que ainda não foi acatada.

responsabilidade dos serviços ¹⁵⁶ a que o funcionário se encontra vinculado, tendo em conta a sua natureza de acto preparatório ¹⁵⁷ da fixação da pensão definitiva que passará a ser da responsabilidade da Caixa Geral de Aposentações nos termos do art. 99.º do Estatuto da Aposentação.

V

1. No âmbito da revisão do regime jurídico do pessoal não docente constante do Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro, oportunamente anunciada pelo Governo, quando questionado quanto à omissão do dever de regulamentar se vinha verificando, quer no que concerne à publicação dos quadros de pessoal, bem como relativamente à aplicação das disposições nele contidas quanto à transição para as novas categorias dele constante, não deixou o Provedor de Justiça de chamar a atenção do Governo ¹⁵⁸ sobre a necessidade de promoção de medidas legislativas e regulamentares de forma a superar as situações de omissão verificadas.

2. Com a publicação do Decreto-Lei n.º 184/2004, de 24 de Julho, deixaram de subsistir as questões que vinham sendo postas à consideração do Provedor de Justiça.

VI

1. De registar ainda as inúmeras reclamações de militares no activo face ao disposto na Lei n.º 43/99, de 11 de Junho, que aprovou medidas tendentes à revisão da situação de militares que participaram na transição para a democracia iniciada em 25 de Abril de 1974, e à Lei n.º 15/2000, de 8 de Agosto, que, prevendo a correcção da antiguidade e a promoção dos oficiais milicianos que ingressaram no quadro permanente, antes do 25 de Abril de

¹⁵⁶ Como tinha sido oficiado pela CGA à entidade visada.

¹⁵⁷ Existe, de facto, numerosa jurisprudência no sentido de considerar irrecorrível o acto que fixa a pensão provisória de aposentação, já que se trata de acto preparatório – pagamento de pensão em determinado montante, enquanto a CGA não estabelece o “quantum” definitivo que deverá abonar ao funcionário, tendo em conta o tempo de serviço por este prestado.

¹⁵⁸ Recomendação n.º 2/B/2004.

1974, após a frequência da Academia Militar, originou que alguns militares se julgassem ultrapassados na sua carreira profissional por outros que não teriam a mesma antiguidade.

2. De salientar as queixas originadas pela inexecução do disposto no Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho, com a redacção que lhe foi dado pela Lei n.º 25/2000, de 23 de Agosto ¹⁵⁹, que aprovou o novo Estatuto dos Militares das Forças Armadas relativamente à atribuição de um complemento de pensão. ¹⁶⁰

3. Porque as alterações introduzidas ao novo Estatuto dos Militares das Forças Armadas ¹⁶¹ pela Lei n.º 25/2000, de 23 de Agosto, se mostraram claramente favoráveis aos militares, abrangendo ainda os beneficiários do regime decorrente do EMFAR aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34-A/90 ¹⁶², de 24 de Janeiro, determinaram encargos financeiros acrescidos para o Ministério da Defesa ¹⁶³⁻¹⁶⁴.

4. Tendo em conta este condicionalismo o Ministro da Defesa transmitiu aos serviços directivas no sentido de os pagamentos de complemento de pensão só poderem ser efectuados após autorização expressa do Ministro da Defesa ¹⁶⁵, protelando assim o pagamento dos complementos de pensão em causa.

¹⁵⁹ A Lei n.º 25/2000, de 23 de Agosto, repristinou até que se esgotassem os respectivos efeitos jurídicos, o regime previsto nos artigos 12.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 34-A/90, de 24 de Janeiro, e ainda nos números 2, 3 e 4 do artigo 1.º e 6 e 7 do artigo 7.º da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto.

¹⁶⁰ O complemento de pensão é atribuído aos militares que ingressaram nas forças armadas antes de 1 de Janeiro de 1990, nos casos em que da aplicação do disposto nas alíneas *a)* e *b)* do art. 160.º do Estatuto se verificasse um montante da pensão de reforma ilíquida inferior à remuneração da reserva ilíquida a que teriam direito caso a passagem à situação de reforma se verificasse na idade limite estabelecida para o regime geral da função pública (70 anos).

¹⁶¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho.

¹⁶² O Decreto-Lei n.º 34-A/90 ao aprovar o EMFAR introduziu normas visando a redução do limite de idade de 70 para 65 anos, consagrando, nos seus arts. 12.º e 13.º o abono de um “complemento de pensão” e o “recálculo” desta, quando fossem atingida a idade de 70 anos, estabelecera princípio idêntico com carácter de excepcionalidade, como forma de compensar o abaixamento do limite de idade.

¹⁶³ As verbas destinadas ao pagamento do complemento de reforma são inscritas no orçamento do Ministério da Defesa.

¹⁶⁴ Neste sentido o Despacho n.º 35/MDN/2002, do Ministro da Defesa do XIV Governo.

¹⁶⁵ Despacho n.º 152/MDN/2000, de 28/08/2000, carecido de eficácia externa e insusceptível de impugnação.



5. Solicitou o Ministro da Defesa do XV Governo parecer ao Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, limitado à questão de saber se a nova fórmula de cálculo do complemento de pensão constante da Lei 25/2000, aos militares que ingressaram nas Forças Armadas antes de 1 de Janeiro de 1990, o que implica que os que se encontrem na reforma recebam mais do que aqueles que se encontrem no activo ou na reserva, respeita ou não o “princípio geral” da atribuição de pensões superiores às remunerações detidas no activo, por um lado, e por outro, qual a natureza do Despacho n.º 152/MDN/2000 do Ministro da Defesa.

6. Não tendo o Governo homologado o parecer em causa e configurando o despacho em questão um acto interno, insusceptível de impugnação, restou aos reclamantes requerer à Administração Militar o pagamento dos aludidos complementos, provocando assim a prática de actos externos impugnáveis contenciosamente.



Assuntos de organização administrativa...

Queixas apresentadas em 2004 - por assuntos		
ASSUNTO	N.º DE QUEIXAS	PERCENTAGEM
1. Organização administrativa		
Criação, extinção e fusão de serviços:	4	1,13%
a) Administração Central		
b) Autarquias		
Regime de instalação	2	0,56%
Funcionamento dos serviços (atendimento)	7	1,69%
Petições		
Direito à Informação - consulta do processo e passagem de certidões	1	0,70%
Princípio da decisão administrativa (omissão de pronúncia)	15	3,10%
Fundamentação do acto administrativo	2	0,99%
Audiência de interessados		
Reclamação e recursos administrativos	1	0,70%
Contrato administrativo	3	0,99%
Execução de decisões de tribunais administrativos	5	0,01%
Omissão do dever de regulamentar	7	1,69%
2. Relação de emprego público		
Quadros de pessoal		
Acesso e ingresso		
Provisamento – requisitos		
Nomeação	4	0,01%
Mobilidade- transferência, requisição e destacamentos		
Substituição	8	1,12%
Sistema retributivo	1	0,00%
Remunerações	33	5,63%
Suplementos – subsídios	10	2,25%
Reposição de abonos	6	1,41%
Concursos	76	12,68%
Contrato administrativo de provimento	4	0,01%
Contrato a termo certo	9	1,26%
Contrato individual de trabalho	6	0,01%
Licenças, faltas e férias	35	5,63%
Horário de trabalho	14	2,39%
Duração do trabalho	10	1,97%
Trabalho extraordinário, em dias de descanso semanal e feriados	13	1,69%
Ocupação efectiva	10	1,83%
Variação funcional	14	1,97%

Queixas apresentadas em 2004 - por assuntos		
ASSUNTO	N.º DE QUEIXAS	PERCENTAGEM
Tempo de serviço	5	0,56%
Listas de antiguidade	2	0,01%
Cargos dirigentes	9	1,26%
Cessação de comissão de serviço	2	0,00%
Classificação de serviço - avaliação	7	0,01%
Acidente de trabalho - doenças profissionais	2	0,00%
Formação profissional	1	0,00%
Reclassificação e reconversão profissional	31	4,37%
Negociação colectiva	5	0,01%
Direito à greve	4	0,01%
Estatuto disciplinar	11	1,55%
Carreiras – promoção e progressão	36	5%
Corpos especiais	1	0,00%
Carreiras médicas (regime remuneratório, laboral)	6	0%
Estatuto da Carreira Docente	28	3,94%
Concurso - recrutamento	99	13,38%
Acesso à docência	2	0,00%
Formação - profissionalização	18	3,66%
Ensino particular - cooperativo	1	0,0014
Ensino superior	7	1,69%
3. Forças Armadas e Forças de Segurança		
Estatuto Militar	15	2,39%
Condição militar (incentivos)	1	0,00%
Serviço militar (regime de contrato)	2	0,00%
Carreiras e disciplina (PSP, GNR)	5	0,007
Pessoal civil das FA e FS		
4. Outros	101	14,78
TOTAL	710	100%

2.4.2. Recomendações

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Comissão de Coordenação
e Desenvolvimento Regional do Algarve

R-1521/03
Rec. n.º 6/A/2004
07.04.2004
Assessor: J. Castelo Branco

I

Enunciado

Uma assistente administrativa da ex-Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Algarve (DRA-ALG), dirigiu-me uma reclamação em 02 de Maio de 2003, alegando, em resumo, que por despacho de 29 de Novembro de 2002, da autoria de Sua Excelência o Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente, lhe fora aplicada a pena disciplinar de aposentação compulsiva, encontrando-se, desde então, sem receber qualquer quantia relativa à pensão a que tem direito.

Tal situação, segundo informação decorrente da mesma exposição, decorreria de parecer da Secção de Contencioso do serviço respectivo e colocava a reclamante, como se compreende considerando as datas acima referidas, em situação de dificuldade e manifesta carência.

Interpelado o serviço referido, veio a obter-se uma primeira resposta em 06 de Outubro de 2003, constante do ofício, de 30 de Setembro de 2003, anexando informação da mesma data (Informação n.º 854/DSAF) em que se defende, em resumo, não poder o mesmo serviço “*continuar a abonar o vencimento ao funcionário objecto de pena de aposentação compulsiva com carácter definitivo e eficaz, nem lhe cabe(r) suportar a pensão transitória*”.



Acrescenta-se, todavia e *in fine*, o seguinte: “*Atenta a delicadeza da matéria e, especialmente, face à posição expressa pela Provedoria de Justiça e ao teor do ofício, de 27/06/2003 da CGA, sugiro seja consultada a DGAP*”.

Sublinha-se que o referido ofício da Caixa Geral de Aposentações não foi enviado a este órgão do Estado com a informação que o refere, como se impunha, tendo sido obtido posteriormente por solicitação à caixa.

No referido documento, como é habitual, a Caixa Geral de Aposentações informa a então DRA-ALG, que “*nos termos do art. 97.º do Estatuto da Aposentação (E. A.) – DL n.º 498/72, de 09/12 – foi reconhecido o direito à aposentação, por despacho de 2003-07-27 da Direcção da Caixa (proferido por delegação de poderes publicada no D.R. II Série, n.º 62, de 2002-03-14), tendo sido considerada a situação do interessado existente em 2002-11-29 nos termos do artigo 43.º do Estatuto da Aposentação.*

O valor da pensão para o ano de 2002 é de € 510,39”, com base nos elementos que indica, acrescentando-se, ainda, que o “*pagamento da pensão constitui encargo desse serviço até ao último dia do mês em que for publicada no Diário da República, passando a ser da responsabilidade desta Caixa a partir do 1 do mês seguinte ao da publicação*”.

A publicação na II Série do Diário da República verificou-se em 30 de Setembro de 2003, na mesma data da Informação n.º 854/DSAF, acima referida e despachada no mesmo dia pela entidade competente, depois de múltiplos pedidos de resposta formulados no âmbito da instrução do processo.

Consultada a Direcção-Geral da Administração Pública (DGAP), pela ex-DRA-ALG, nos termos propostos na informação e acima transcritos, veio esta remeter à mesma Direcção Regional, como se depreende do expediente carreado para o processo, o ofício de 15 de Outubro de 2003, em que manifesta a sua concordância com a referida Informação n.º 854/DSAF, sem que esse Serviço se tivesse dignado prestar qualquer informação à Provedoria de Justiça, até 10 de Fevereiro de 2004, apesar das muitas insistências feitas na sequência do nosso ofício de 9 de Outubro de 2003, que, precisamente, discutia e contrariava a posição assumida na aludida informação.

Em 10 de Fevereiro de 2004, foi então recebido neste órgão do Estado o ofício em que se reitera a posição já antes assumida, juntando-se cópia do ofício da DGAP e se indica, adicionalmente, que “*o nome da funcionária em causa consta da listagem da Caixa Geral de Aposentações publicada no Diário da República, II Série, de 30/09/2003*”.

Por contacto com a funcionária, oportunamente estabelecido em sede de instrução, sabe-se que se encontra a receber a pensão de aposentação, paga pela Caixa Geral de Aposentações, desde 17 de Outubro de 2003.

Assim, de 31 de Dezembro de 2002, até 17 de Outubro de 2003, nada lhe foi pago a título de pensão transitória, apesar da indicação fornecida à então DRA-ALG, em 27 de Junho de 2003, pela Caixa Geral de Aposentações, situação altamente lesiva de um direito fundamental, porque esse Serviço entende que a mesma *“passou à situação de aposentada no dia imediato ao da sua notificação da decisão disciplinar que lhe aplicou a pena de aposentação compulsiva (...)”*.

II

Apreciação

Para proceder à análise da questão em apreciação, convirá transcrever, com a necessária extensão, a linha de argumentação seguida na Informação n.º 854/DSAF, de 30 de Setembro de 2003, que é do teor seguinte:

“De acordo com o art. 73.º, n.º 1 do Estatuto da Aposentação (EA), a passagem à situação de aposentação verifica-se no dia 1 do mês seguinte ao da publicação oficial da lista de aposentados em que se inclua o seu nome.

Mas essa será a regra no processo normal de aposentação, sujeita a exceções conforme admitido pelo n.º 2 desse articulado.

E, na verdade, nos termos do art 70.º, n.º 1 do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local (ED), as decisões que apliquem penas disciplinares começam a produzir os seus efeitos legais no dia seguinte ao da notificação do arguido.

Contrariamente ao que acontece num procedimento de aposentação voluntária ou por incapacidade ou limite de idade, em que o funcionário, após resolução da Caixa quanto ao direito à aposentação e ao montante, provisório ou definitivo, da pensão, fica desligado do Serviço a aguardar aposentação até ao dia 1 do mês seguinte ao da publicação oficial da lista de aposentados em que se inclua o seu nome.

E se o art. 99.º, n.º 3 do EA manda que o funcionário desligado do serviço a aguardar aposentação continue transitoriamente a receber (uma pensão) pelos serviços pela verba destinada ao pessoal fora do serviço aguar-

dando aposentação, não é explícito, nessa matéria, quanto à situação dos funcionários objecto de pena disciplinar de aposentação compulsiva (isto é, na situação de aposentados) no hiato temporal que decorre entre a efectividade da pena e o apuramento e pagamento da pensão de aposentação pela Caixa de acordo com as regras gerais.

A questão controvertida consiste em saber se o Serviço a que pertencia o funcionário deve continuar a abonar-lhe o vencimento desde a efectividade da pena de aposentação compulsiva até à comunicação pela Caixa do montante (provisório ou definitivo) da pensão (EA, art. 99.º, n.os 1 e 2 e art. 97.º, n.º 1) e, bem assim, se esse Serviço deverá, depois, abonar pensão transitória até à publicação da lista de aposentados no Diário da República (EA, art. 99.º, n.º 3 e art. 73.º, n.º 1).

Afigura-se-nos que não pode o Serviço continuar a abonar o vencimento ao funcionário objecto de pena de aposentação compulsiva com carácter definitivo e eficaz, nem lhe cabe suportar a pensão transitória.

Vejamos:

O procedimento normal de aposentação inicia-se por comunicação da Administração, nos casos de aposentação obrigatória, e, nos restantes, a requerimento do interessado, enviado à Caixa Geral de Aposentações (EA, art. 84.º).

A Caixa deverá, num primeiro momento, apreciar e decidir sobre o direito do funcionário à aposentação e determinar o montante (provisório ou definitivo) da respectiva pensão, comunicando as resoluções tomadas ao Serviço onde o subscritor exerça funções (EA, arts. 97.º e 99.º).

Entre a apresentação da comunicação ou requerimento para a aposentação e a comunicação da resolução da Caixa o funcionário continua a perceber o seu vencimento, já que se mantém em efectividade de serviço; e após a dita comunicação da Caixa passará à situação de desligado do serviço aguardando aposentação, recebendo uma pensão transitória no montante indicado naquela comunicação, até à publicação do seu nome da lista de aposentados no Diário da República (EA, art. 99.º, n.os 2 e 3 e art. 73.º, n.º 1).

Na hipótese da aposentação compulsiva, a partir do momento em que a decisão se torna definitiva e eficaz cessam de imediato (não obstante a manutenção do vínculo à Função Pública – art. 74.º do Estatuto da Aposentação) todos os direitos e deveres atinentes à relação jurídica de emprego público na situação de actividade, em particular, os deveres de comparência

ao serviço e de prestação de trabalho (DL 427/89, art. 28.º, n.º 1, a fortiori), opera-se a vacatura do lugar ocupado pelo funcionário (ED, art. 70.º, n.º 2 e EA, art. 99.º, n.º 3), passando este imediatamente, ipso facto, à situação de aposentado, por força dos arts. 12.º, n.º 7 e 70.º, n.º 1 do ED (que têm pleno cabimento na excepção prevista no art. 99.º, n.º 3 do EA, já que são sem dúvida normas de carácter especial face às regras gerais do regime de aposentação) e do art. 73.º, n.º 2 do EA.

Isso tem como consequência, desde logo, a impossibilidade de o Serviço continuar a abonar ao funcionário aposentado qualquer quantia a título de retribuição de trabalho/vencimento (Vide, inter alia, Ac. STA de 23/11/95, no Proc.º 38779A, in www.dgsi.pt/jsta), por falta de relação jurídica que o suporte e de cabimentação orçamental, atento o princípio da previsão e especificação das despesas públicas.

E, consumando-se de imediato a mudança de situação do funcionário da situação de actividade para a situação de aposentado, deverá esta (EA, arts. 100.º, n.º 2, 99.º, n.º 3 e 73.º, n.º 2) ser logo publicada na 2.ª série do Diário da República, passando a respectiva pensão de aposentação a ser devida pela Caixa Geral de Aposentações a partir da data dessa mudança de situação, conforme o determina o art. 64.º, n.º 1 do EA: “1. A pensão de aposentação é devida pela Caixa a partir da data em que o subscritor passa à situação de aposentado”.

Assim, ao que resulta dos normativos citados, porque o funcionário objecto de pena disciplinar, definitiva e eficaz, de aposentação compulsiva passa imediatamente à situação de aposentação, e não à situação de desligado do serviço a aguardar aposentação, adquire desde essa data o direito à percepção da correspondente pensão, a abonar pela Caixa, não havendo lugar às fases intermédias que ocorrem no procedimento normal de aposentação – manutenção do abono do vencimento até à comunicação pela Caixa do montante da pensão, decisão da Caixa quanto ao direito à aposentação e pagamento pelos Serviços a que pertencia o funcionário de uma pensão transitória.

Esta interpretação, que se me afigura a mais consentânea com os preceitos legais que regulam a matéria, é susceptível de criar constrangimentos de ordem económica ao funcionário que, por largos meses (no caso em apreço, a resolução da Caixa quanto ao montante da pensão e a posterior publicação em DR demoraram, no conjunto, oito meses), se vê subitamente privado de um rendimento certo e periódico.

Não me parece que tal interpretação seja, no entanto, questionável à luz dos princípios da justiça e da proporcionalidade, posto que ao funcionário estão garantidos o direito à pensão de aposentação (desde o momento em que a pena surte efeitos) e o direito a requerer judicialmente a suspensão do acto que determinou a pena, caso a ausência temporária daquela fonte de rendimentos origine uma grave situação de debilidade económica do funcionário.

Matéria sobre que, aliás, os Tribunais Administrativos têm sido amiúde chamados a pronunciar-se, concedendo ou negando pedidos de suspensão da eficácia de decisões disciplinares com aplicação de penas de aposentação compulsiva, fundados (os pedidos) precisamente na insuficiência económica dos apelantes em resultado da cessação do pagamento do vencimento pelos respectivos Serviços, como consequência imediata e necessária da aplicação daquela pena.

Tampouco quererá dizer necessariamente que a falta de previsão normativa expressa para a situação (transitória) dos aposentados compulsivamente por sanção disciplinar, específica ou similar à que se encontra regulada para o procedimento normal de aposentação, configure uma lacuna da lei. Esta só se verifica quando, por falta de previsão do legislador, a lei não regula uma situação que carece de disciplina normativa. Ora, face aos efeitos imediatos da pena de aposentação compulsiva e sendo esta matéria tratada tanto no Estatuto da Aposentação como no Estatuto Disciplinar, não me parece razoável concluir que o legislador se tenha “esquecido” de prever um regime transitório que, à semelhança dos funcionários a aguardar aposentação, salvaguardasse a continuidade, sem hiatos, da percepção de uma prestação monetária ao funcionário sancionado com pena disciplinar de aposentação compulsiva. Antes se me afigura mais lógico que o silêncio do legislador é intencional, já que o direito à pensão está garantido através de procedimento mais expedito, não se mostrando necessário ir mais além na protecção de um funcionário que, pelo seu comportamento faltoso, mereceu uma censura tão intensa como a de aposentação compulsiva.”

A análise jurídica transcrita tem, como *iter* determinante da conclusão a que chega, três vectores essenciais, que se podem resumir nos seguintes termos:

- a) A notificação da aplicação da pena de aposentação compulsiva consoma “*de imediato a mudança de situação do funcionário da situação de actividade para a situação de aposentado*”;

- b) Assim, “(...) porque (...) passa imediatamente à situação de aposentação, e não à situação de desligado do serviço a aguardar aposentação, adquire desde essa data o direito à percepção da correspondente pensão, a abonar pela Caixa (...)”;
- c) Não há, por conseguinte, “(...) lugar às fases intermédias que ocorrem no procedimento normal de aposentação – manutenção do abono do vencimento até à comunicação pela Caixa do montante da pensão, decisão da Caixa quanto ao direito à aposentação e pagamento pelos Serviços a que pertencia o funcionário de uma pensão transitória”.

Todavia, este esforço silogístico exige ainda, como se verá, um outro pressuposto, para permitir a solução defendida por V. Ex.^a e, anteriormente, também assumida pela entidade que despachou a informação transcrita acima, pressuposto esse *sine qua non* e que consiste em admitir que os artigos 12.º, n.º 7, e 70.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar se encontram abrangidos na excepção prevista no artigo 99.º, n.º 3, do Estatuto da Aposentação, ou na legislação especial referida no artigo 73.º, n.º 2, do mesmo Estatuto ¹⁶⁶.

Como se referiu, esta tese, não obstante a clara posição da Caixa Geral de Aposentações e da Provedoria de Justiça, foi agora mantida, com base também num parecer da DGAP que, para além de passar inteiramente *a latere* da questão controvertida, invoca em seu benefício um aresto do Supremo Tribunal Administrativo que, se integralmente lido, conduziria, exactamente, a posição diferente da assumida.

Anote-se, incidentalmente, que a jurisprudência genericamente invocada na Informação n.º .../DSAF, de 30 de Setembro de 2003, e com igual generalidade, exceptuada uma decisão, no ofício de 15 de Outubro de 2003, da DGAP, nada tem a ver com a questão controvertida, como melhor resultará da análise a que ora se procede.

E pode acrescentar-se, a este respeito, que não é conhecida qualquer jurisprudência, incluindo burocrática, que alguma vez tenha sido chamada a

¹⁶⁶ Como se diz na informação sob crítica “(...) passando (...) imediatamente, *ipso facto*, à situação de aposentado, por força dos arts. 12.º, n.º 7 e 70.º, n.º 1 do ED (que têm pleno cabimento na excepção prevista no art. 99.º, n.º 3 do EA, já que são sem dúvida normas de carácter especial face às regras gerais do regime de aposentação) e do art. 73.º, n.º 2 do EA”.

dilucidar tal questão, dada a sua clareza, pela que as posições assumidas pela extinta DRA-ALG, agora reiterada por V. Ex.^a, e a decorrente do parecer da DGAP, possuem a singularidade extrema de ser únicas.

Como já se referiu no decurso do processo aberto na Provedoria de Justiça, discorda-se, em absoluto, das posições assim assumidas, que se têm por insufragáveis, a qualquer luz que se vejamos.

Efectivamente, no domínio da legislação anterior e até 1972, data do Estatuto da Aposentação aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro, vigorou o Decreto com força de lei n.º 19.498, de 16 de Março de 1931, que, regulando o regime de aplicação da pena de aposentação compulsiva, determinava no seu artigo 1.º, n.º 3, parágrafo 6.º, que *“o funcionário a quem for imposta a aposentação passará à situação de inactividade até ser publicado o despacho fixando a respectiva pensão, com pensão provisória correspondente ao número de anos que lhe foram fixados para a aposentação, paga pelo respectivo Ministério”*.

Este diploma veio a ser revogado pelo artigo 141.º, n.º 1, alínea *a*), do Estatuto da Aposentação de 1972, em face do regime nele estabelecido que, todavia, é idêntico ao anterior, como decorre, aliás, do ofício enviado pela Caixa Geral de Aposentações em 27 de Junho de 2003 e não cumprido por esse Serviço.

Cotejando a disposição transcrita do diploma de 1931, com o Estatuto Disciplinar dos Funcionários Cíveis do Estado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32.659, de 9 de Fevereiro de 1943, constata-se do seu artigo 11.º (elenco das penas) a existência da pena de aposentação compulsiva, sem que se refiram, no artigo 13.º, pertinente aos efeitos das penas disciplinares, a existência de quaisquer efeitos relativos às penas “regresso à categoria imediatamente inferior” e “aposentação compulsiva”.

Esta posição compreende-se dada a natureza das penas e o seu óbvio efeito, que decorre, por assim dizer, da simples enunciação das suas designações. Por outro lado, a aposentação compulsiva estava regulamentada no diploma de 1931, que se manteve até 1972.

Mas já assim não sucede quanto aos estatutos disciplinares aprovados pelos Decretos-Leis n.ºs 191-D/79, de 25 de Junho, e 24/84, de 16 de Janeiro (cfr. artigos 11.º, n.º 1, alínea *e*), 12.º, n.º 7, e 13.º, n.º 10).

Depois da entrada em vigor do diploma de 1972, relativo à aposentação, nenhuma dúvida se colocaram quanto à questão agora suscitada, exac-

tamente porque a aposentação compulsiva é nele tratada como uma forma de aposentação obrigatória, tendo como título inicial o despacho que aplica a pena, mas que, a partir daí, segue a tramitação de qualquer outro tipo de aposentação que decorra de título com o mesmo efeito (por exemplo, limite de idade geral ou especial, ou incapacidade).

Relativamente às relações entre os Estatutos da Aposentação e Disciplinar, refira-se, ainda, que o artigo 59.º do Estatuto Disciplinar dos Funcionários Cíveis do Estado, de 1943, estabelecia que: “*As penas disciplinares começam a produzir os seus efeitos legais no próprio momento da notificação ao arguido ou, não podendo ser notificado, dez dias após a fixação do edital*”.

Um dos pressupostos inaceitáveis da posição sob análise é a de que a aplicação da pena de aposentação compulsiva, *ex vi* do artigo 70.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, tem como efeito imediato e automático a passagem do funcionário punido à situação de aposentado.

Efectivamente, como já se referiu, o Estatuto Disciplinar em vigor, tal como o seu antecessor, referem a pena, a sua caracterização e os seus efeitos, em termos que, dada a posição assumida por V. Ex.^a, carecem de ser invocados.

Assim, o artigo 12.º, n.º 7, do Estatuto Disciplinar vigente caracteriza a pena de aposentação compulsiva como a “*imposição da passagem do funcionário ou agente à situação de aposentado*”.

Por sua vez, o artigo 13.º do mesmo diploma, relativamente aos efeitos das penas, determina que “*as penas disciplinares produzem unicamente os efeitos declarados no presente diploma*” (n.º 1) e que “*a pena de aposentação compulsiva implica para o funcionário ou agente a aposentação nos termos e nas condições estabelecidas no Estatuto da Aposentação*” (n.º 10, sublinhado nosso).

Perante este normativo evidencia-se, desde logo, a fragilidade da tese defendida nas informações que mereceram o acolhimento desse serviço e seu antecessor: na verdade, é impossível descortinar as razões que podem conduzir à consideração de que os artigos 12.º, n.º 7, e 70.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar se encontram abrangidos na excepção prevista no artigo 99.º, n.º 3, do Estatuto da Aposentação, ou na legislação especial referida no artigo 73.º, n.º 2, do mesmo Estatuto ¹⁶⁷, quando é este mesmo Estatuto Disciplinar que

¹⁶⁷ Ver *supra*, nota 1.

remete, sem qualquer ressalva e nos termos em que o faz, para o Estatuto da Aposentação como efeito da pena, antes caracterizada nos moldes transcritos.

Quanto à consideração da aplicação da pena em causa, como acto imediatamente constitutivo da situação de aposentado, trata-se de uma qualificação inexacta por totalmente repudiada pela lei e por construção doutrinária já longa.

Anote-se, a este respeito, que na qualificação dada à pena em causa, escreve João Alfaia o seguinte:

“Os requisitos exigidos ao subscritor para ser aposentado variam consoante as modalidades de aposentação e já foram referidos a propósito de cada uma delas.

Limitar-nos-emos, pois a enumerar os diversos requisitos que poderão verificar-se:

(...)

*e) Condenação na pena de aposentação compulsiva – requisito específico da aposentação ordinária compulsiva.”*¹⁶⁸

O regime hoje estabelecido no Estatuto Disciplinar, e que se insere na esteira da posição consagrada no Direito Administrativo português desde sempre e claramente evidenciada em 1931, recolhe também a lição do Prof. Marcello Caetano quando ensina, a propósito das penas ditas expulsivas o seguinte: *“No caso de o funcionário já ter as condições necessárias para obter a aposentação, é compelido a passar a essa situação, deixando de prestar serviço mas recebendo as pensões fixadas por lei (...).”*¹⁶⁹

Ser *“compelido a passar”* implica, como se diz na caracterização do artigo 12.º, n.º 7, do Estatuto Disciplinar, a *“imposição da passagem do funcionário ou agente à situação de aposentado”* e não a constituição imediata da situação¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cfr. “Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público”, Coimbra, Ed. Almedina, 1988, Vol. II, pag. 1067, rubrica “Requisitos”.

¹⁶⁹ Cfr. “Manual de Direito Administrativo”, Coimbra, Ed. Almedina, 1983, 9.ª edição, 2.ª reimpressão, pag. 821/2 (revisão e actualização do Prof. Diogo Freitas do Amaral).

¹⁷⁰ Cfr., igualmente, “Estatuto da Aposentação”, anotado pelo Conselheiro (STA) José Cândido de Pinho, Coimbra, Almedina, 2003, pag. 15+ (art. 42.º, nota 3).

Por todo o exposto, é manifesto que o artigo 37.º do Estatuto da Aposentação, desde 1972, entendeu a pena expulsiva em causa como condição de aposentação obrigatória, ao mesmo título dos previstos nas alíneas *a)* e *b)* do seu n.º 2 ¹⁷¹.

Assim, parafraseando a Informação de 30 de Setembro de 2003, já diversas vezes referida, e pelo demais que acima se deixou exposto, sendo exacto que:

“o procedimento normal de aposentação inicia-se por comunicação da Administração, nos casos de aposentação obrigatória, e, nos restantes, a requerimento do interessado, enviado à Caixa Geral de Aposentações (EA, art. 84.º).

A Caixa deverá, num primeiro momento, apreciar e decidir sobre o direito do funcionário à aposentação e determinar o montante (provisório ou definitivo) da respectiva pensão, comunicando as resoluções tomadas ao Serviço onde o subscritor exerça funções (EA, arts. 97.º e 99.º).” ¹⁷²

Pelo que nenhuma dúvida há de que seja este, igualmente, o procedimento a seguir no caso de aposentação obrigatória por efeito de aplicação da pena disciplinar de aposentação compulsiva.

E repare-se que o n.º 2 do artigo 37.º do Estatuto da Aposentação não podia ser mais claro quando referia, na versão originária, que “há ainda lugar a aposentação quando o subscritor (...) *c)* seja punido com a pena de aposentação compulsiva” ¹⁷³, onde hoje se escreve “com pena expulsiva de natureza disciplinar” em razão das modificações operadas relativamente à demissão,

¹⁷¹ Vide João Alfaia, ob. e lugar citados.

¹⁷² “Apreciar e decidir sobre o direito do funcionário” é um acto da exclusiva competência da Caixa e não da entidade que aplica a pena, que apenas deve informar-se sobre a existência do tempo de serviço necessário para esse efeito, sendo a competência atribuída por lei, de interesse e ordem pública, como é sabido. Assim, bastaria esta circunstância para obstaculizar a tese, já inaceitável a outros títulos, *ut supra*, da constituição imediata da situação de aposentado, para o punido.

¹⁷³ Formulação que não é redundante, em razão do que se disse na nota anterior e pela necessidade de, a partir da aplicação da pena, dever ser organizado um processo de aposentação no âmbito da Caixa, em moldes normais, a partir de comunicação do serviço.

por considerações de segurança social que se repercutiram significativamente nos efeitos destas penas.

A Caixa Geral de Aposentações, aliás, em Parecer de 11 de Março de 2004, conclui, exactamente como se fez neste órgão do Estado, que “*o efeito legal da pena de aposentação compulsiva é unicamente o declarado no Estatuto Disciplinar (artigo 13.º, n.º 1), ou seja, o declarado no artigo 13.º, n.º 10: a aposentação nos termos e nas condições estabelecidos no Estatuto da Aposentação*”¹⁷⁴.

E acrescenta-se no mesmo Parecer:

“Assim sendo, a notificação ao arguido do despacho punitivo limita-se a impulsionar o processo de aposentação, que passa a seguir a tramitação prevista no Estatuto da Aposentação:

Dúvidas não restam, pois, que a responsabilidade da Caixa Geral de Aposentações pelo pagamento da pensão de aposentação apenas se constitui no dia 1 do mês seguinte ao da publicação em Diário da República da lista dos aposentados com a inclusão do nome do interessado”.

Dada a natureza da pena, evidente se torna que a sua aplicação faz cessar a actividade, tal como sucede com o limite de idade (geral ou especial) e a incapacidade, por definição.

Assim, como se notou já em anterior ofício da Provedoria de Justiça, o legislador tratou a aposentação compulsiva como uma causa de aposentação obrigatória sem repercussão sobre o regime geral, até porque, não haveria razão para proceder de outra forma, se atentarmos na circunstância de que a desligação do serviço para efeitos de aposentação implica a cessação da relação jurídica de emprego público, *ex vi* do artigo 28.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 07 de Dezembro, exactamente nos termos em que tal facto decorre da aplicação de penas expulsivas.

Apresentada a configuração legal da matéria em discussão, nos termos e pelos fundamentos expostos, a qualificação da situação decorrente da aplicação da pena de aposentação compulsiva, em termos de processo de aposentação, só pode ser uma, onde não cabe, a qualquer título, o entendimento que

¹⁷⁴ Sublinhado no texto original.

vê no despacho de aplicação da pena a passagem directa do funcionário punido à situação de aposentado, com pensão definitiva a cargo da Caixa Geral de Aposentações.

Conjugando os artigos 33.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *a*), 43.º, n.º 1, alínea *d*), e 99.º, n.º 2, do Estatuto da Aposentação, conclui-se que a realidade designada como inactividade no diploma de 1931, acima transcrito, corresponde desde 1972 a uma situação de desligado do serviço, ou *aposentando*, nos termos do n.º 2 do referido artigo 99.º.

Efectivamente, como nota João Alfaia, “*No momento – variável consoante os factos determinantes da aposentação – em que deixa de haver contagem de tempo de serviço para efeitos de aposentação (n.º 2 do art. 33.º) verifica-se segundo julgamos a cessação da situação de subscritor ou pelo menos dos seus efeitos (dado que o subscritor, enquanto tal, tem direito à contagem de tempo para efeitos de aposentação), passando o funcionário ou agente a inserir-se numa nova situação que só poderá ser a de desligado do serviço aguardando aposentação – ou, pelo menos, passando a verificar-se os efeitos de tal situação*”.

E acrescenta, certamente, o mesmo Autor: “*Esta última hipótese abre-nos caminho à conciliação do disposto no citado art. 33.º, n.º 2, com o preceituado no n.º 2 do artigo 99.º. De harmonia com a letra deste último, a situação de desligação do serviço verifica-se a partir do momento em que é recebida, nos serviços, a que o funcionário ou agente pertence, a comunicação da resolução da Caixa nesse sentido; mas tal desligação do serviço produz efeitos retroactivos à data em que cessou a contagem do tempo de serviço para efeitos de aposentação*”¹⁷⁵.

Como lugares paralelos, no âmbito do ordenamento jurídico em que nos inserimos e com referência expressa a esta mesma questão, podem referir-se os artigos 146.º, n.º 1, e 152.º (cfr. notas 1. e 4. do Conselheiro Manuel Leal-Henriques)¹⁷⁶ do Estatuto Disciplinar dos Magistrados do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, e os artigos 90.º,

¹⁷⁵ Ob. e Autor citados, pag. 1049.

¹⁷⁶ Cfr. “Procedimento Disciplinar”, diplomas anotados, Lisboa, Ed. Rei dos Livros, 1997, 3.ª ed., pags. 451, 457, 462-63, 522 e 548, para além das referências a outros estatutos disciplinares.



Recomendações

n.º 1, e 106.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 21/85, de 30 de Julho).

Assim sendo, pelas razões acima expostas e ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.^a:

que a situação da queixosa seja solucionada rapidamente, sendo-lhe pagos os montantes devidos desde 31 de Dezembro de 2002 até à data em que o encargo com a pensão passou a ser assumido pela Caixa Geral de Aposentações (17 de Outubro de 2003), bem como os subsídios de férias e de Natal devidos pela cessação definitiva de funções, acrescidos dos respectivos juros pelo atraso verificado.

Queira V. Ex.^a, 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.

Aguarda resposta

Sua Excelência
O Secretário de Estado da Administração Local

R-905/04
Rec. n.º 8/A/2004
07.09.2004
Assessor: Fátima Almeida

1. O cidadão acima identificado apresentou queixa na Provedoria de Justiça insurgindo-se contra a falta de resposta aos sucessivos pedidos de informação que o mesmo, desde 25/10/2000 e ao longo do tempo transcorrido, dirigiu aos antecessores de V. Ex.^a, para que lhe fosse facultada a consulta de um processo administrativo detido por esse departamento governamental e, simultaneamente, a reprodução por fotocópia de um documento



administrativo alegadamente nele incorporado, requerimentos estes que não lograram obter, até à data, qualquer decisão conclusiva.

Tal a despeito da informação intercalar que o mesmo impetrante recebeu em 19/02/2003 do Gabinete do membro do Governo cessante e que apenas apontara para o adiamento da satisfação do mesmo pedido.

2. Convidado a pronunciar-se sobre os factos denunciados, respondeu o Gabinete do anterior Secretário de Estado da Administração Local a este órgão do Estado, através do ofício de 13/05/2004, justificando o silêncio administrativo invocado com a argumentação que, nos seus aspectos essenciais, se pode sintetizar nos seguintes termos:

- a) que o aqui queixoso tem vindo a insistir de forma “frequente e sistemática”, junto de diversos órgãos e serviços da Administração, para que lhe seja concedida permissão de consulta de processo administrativo de expropriação de um imóvel que era então propriedade de um familiar do requerente, comportamento que pode ser tido, segundo sustenta, como exercício abusivo do direito de acesso aos documentos administrativos que assiste ao mesmo particular;
- b) e que o referido processo administrativo – que já se encontra decidido em definitivo – não estava em 2003 disponível para consulta do requerente, na medida em que até então se encontrava pendente de análise na Auditoria Jurídica do respectivo Ministério tendo em vista a preparação de resposta a um dos inúmeros pedidos que o mesmo interessado havia formulado;
- c) sendo certo que o documento seleccionado que este pretendia conhecer – e ao qual queria aceder por fotocópia – continha afinal informação técnica elaborada por uma consultora jurídica do Centro Jurídico – CEJUR da Presidência do Conselho de Ministros que embora tivesse servido “de base à tomada de decisão do então Secretário de Estado da Administração Local” não podia ser consultado por se considerar um documento interno.

3. Compulsada a informação constante dos autos organizados neste órgão do Estado e ponderada a posição jurídica veiculada por esses serviços, vem assente que o aqui reclamante formulou em 25/10/2000 um pedido simultâneo de consulta e emissão de fotocópia de documento seleccionado,

relativo a um processo de expropriação concluso e do qual não é directamente interessado, pedido este que vem sendo sucessivamente renovado ao longo do tempo junto dos sucessivos responsáveis governamentais pela área da Administração Local.

É, porém, perceptível que o seu interesse se resume, afinal, em conhecer o teor da informação contida no ofício de 4/10/2000, proveniente do Gabinete do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros e parecer anexo. Segundo se alcança, estão em causa documentos que o mesmo impetrante verificara não constarem do processo em causa aquando da primeira consulta que realizou em 24/10/2000.

4. Desta sorte, dá-se por liminarmente adquirido que a pretensão de acesso à documentação pública em causa tem pleno cabimento no quadro dos direitos e garantias dos administrados a serem informados pela Administração sempre que o requeiram e, em particular, no exercício do direito de acesso aos arquivos e registos administrativos consagrado no artigo 268.º, n.º 2, da Constituição, transposto pelo artigo 65.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), mas regulamentado pela Lei n.º 65/93, de 26/08, lei que dispõe sobre o acesso dos cidadãos em geral aos documentos da Administração, adiante abreviadamente designada por LADA.

5. Releva salientar que se trata, afinal, do exercício de um direito à informação administrativa não procedimental atribuído a qualquer pessoa independentemente da invocação de utilidade ou interesse subjacente, e é emanação do princípio geral da administração aberta ou arquivo aberto reconhecido no referido normativo constitucional, estando, por isso, indissociavelmente ligado à concretização dos princípios da publicidade e transparência da Administração, bem como da justiça, da igualdade e imparcialidade (artigos 37.º, n.ºs 1 e 2, 48.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, todos da Constituição, também presente no artigo 1.º da referida Lei n.º 65/93), direito este que é assumido pela jurisprudência e doutrina dominantes como um direito fundamental de natureza análoga aos “direitos, liberdades e garantias”, sendo-lhe por isso aplicável o respectivo regime constante dos artigos 17.º e 18.º da CRP.

6. Debruçando-nos, em particular, sobre a disciplina regulamentar contida na invocada Lei n.º 65/93, tenha-se presente que o seu artigo 3.º, ao pretender delimitar o âmbito material deste direito, reporta-o aos documentos “que têm origem ou são detidos por órgãos do Estado e das regiões autónomas que exerçam funções administrativas...”, entre outros (cfr. n.º 1). Ou seja, o

que aqui está em causa é o acesso a documentos que relevando da função ou actividade administrativa do Estado se encontram ou deviam estar no arquivo administrativo do serviço.

7. Tal é, segundo creio, o que se verifica com aqueles documentos cujo acesso foi solicitado pelo requerente a esse Gabinete. Na verdade, tomando por referência a conceptualização constante da referida lei, os documentos pedidos *in casu* não cabem no domínio dos que a LADA considera como não sendo documentos administrativos. Quer isto dizer que os pareceres jurídicos ou actos opinativos produzidos na preparação de determinada decisão administrativa não são notas pessoais, apontamentos e outros registos de natureza semelhante, como também não são seguramente referentes a reuniões do Conselho de Ministros ou dos Secretários de Estado (artigo 4.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*) – vd. neste sentido, José Renato Gonçalves *in* “ Acesso à Informação das Entidades Públicas”, Almedina, pág. 35.

8. Antes são plenamente reconduzíveis à noção ampla de documento administrativo acolhida no artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), da referida LADA, que abrange, em princípio, qualquer registo de informação detida pela Administração em função da sua origem e ligação funcional.

9. Relativamente aos documentos administrativos (artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), da LADA), assinale-se, outrossim, que a regra geral é a de que todos têm direito à informação mediante acesso a documentos administrativos de carácter não nominativo (artigo 7.º, n.º 1), ressalvado o acesso a documentos constantes de processos não concluídos ou a documentos preparatórios de uma decisão, caso em que a satisfação do pedido é diferida até à tomada de decisão, ao arquivamento do processo ou logo que esteja decorrido o período de um ano após a sua elaboração (artigo 7.º, n.º 4). Esta não é, de resto, a situação vertente já que, como se viu, o procedimento administrativo em causa se mostra de há muito concluído.

10. Assente que o pedido de acesso versa sobre documentos administrativos, a questão reside em saber se, ainda assim, os mesmos estão sujeitos a acesso condicionado ou limitado. Ora, o parecer jurídico a que o requerente pretende aceder não assume a natureza de documento nominativo por não conter informação que caiba no conceito de dados pessoais na acepção dada pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea *c*), designadamente no âmbito da reserva da intimidade da vida privada.

11. Por outro lado, não configura certamente um documento cuja divulgação pudesse prejudicar a protecção do interesse público ou outras razões do sistema privado, por não conter matéria reservada ao nível de segurança interna ou externa do Estado Português, matéria em segredo de justiça, nem, como se viu, matéria abrangida pela preservação da intimidade da vida privada cuja confidencialidade se apresente inviolável nos termos previstos nos artigos 5.º, 6.º, 7.º, n.º 7, e 10.º, todos da LADA.

12. Estando, pois, em causa o acesso a documentos de natureza administrativa e que não sofrem das limitações e restrições previstas no âmbito da LADA, a obtenção da informação visada pelo interessado está sujeita ao regime de acesso livre e generalizado por qualquer pessoa nos termos do já referido artigo 7.º, n.º 1, devendo, no entanto, o respectivo pedido obedecer ao requisito constante do artigo 13.º da mesma lei.

13. E se é certo que o direito em causa não goza de protecção absoluta, não se afigura legalmente admissível que, além das já mencionadas, se criem outras restrições no acesso à informação pretendida que não relevem da prevalência de um direito fundamental colidente ou da protecção de valores constitucionalmente tutelados em igual ou maior grau – vd. neste sentido Raquel Carvalho, *in* “Lei de Acesso aos Documentos da Administração” Anotada, págs. 31 a 35.

14. Assim sendo, não creio, Secretário de Estado, que assista razão a esses serviços argumentar que o pretendido documento é um documento interno quando à luz do ordenamento jurídico vigente tal classificação não constitui critério condicionador ou inibidor da sua revelação, perante a amplitude do direito à informação administrativa constitucional e legalmente reconhecido a todos os cidadãos.

15. Por outro lado, também não considero procedente a tentativa de reconduzir o comportamento do interessado a uma situação de abuso de direito pelo número de pedidos formulados com carácter repetitivo e sistemático, quando é manifesto que o mesmo decorre da ausência de pronúncia e decisão sobre os pedidos de informação antecedentes a que, aliás, a Administração se encontrava obrigada por força das regras e prazos legais fixados no artigo 15.º da LADA. Face ao inexplicável mutismo em que se quedou a Administração a este nível, convirá V. Ex.^a que a reacção do requerente não pode, obviamente, representar o exercício desequilibrado e despropositado do direito de acesso à informação pública que legalmente lhe assistia, além de que

não se vislumbra em que medida a mesma redundou em “entranque ou paralisação da actuação pública” – vd. Renato Gonçalves, *in* obra citada supra, págs. 44 e 45.

16. Nesta perspectiva, entendo inexistir, no caso vertente, fundamento legalmente válido para impedir ou legitimar a recusa de revelação da informação a que o requerente pretendia aceder, sob a forma de consulta e emissão de fotocópia, para os efeitos previstos na sobredita LADA.

17. E se assim é, não pode deixar de se concluir que o interessado e ora reclamante tem por força das disposições conjugadas do artigo 268.º, n.º 2, da Constituição, do artigo 65.º do CPA e dos artigos 4.º, n.º 1, alínea *a*), e 7.º, n.º 1, ambos da Lei n.º 65/93, de 26/08, direito a aceder aos documentos que pretendia conhecer e pelas vias solicitadas (artigo 12.º, n.º 1, desta lei).

18. Como contrapartida deste direito impedia sobre esses serviços, que são detentores do processo administrativo visado, o dever de facultar o acesso aos documentos administrativos referenciados dentro do prazo de 10 dias fixado no artigo 15.º da LADA, ou ainda, durante o mesmo prazo, na obrigação legal de se pronunciar ou decidir expressamente sobre a pretensão formulada, como igualmente prescrito no aludido preceito legal. Não o tendo feito na situação concretamente apreciada, esses serviços violaram o regime de arquivo aberto contido na aludida Lei n.º 65/93 e ofenderam o direito fundamental de acesso aos arquivos e registos administrativos consagrado no artigo 268.º, n.º 2, da Constituição.

19. Por tudo quanto exposto e ainda que a actuação descrita não lhe seja imputável, entendo, Secretário de Estado, haver fundamento para ser revisto o procedimento administrativo adoptado no caso vertente, porquanto ilegal, pelo que no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

que seja facultada de imediato ao requerente o acesso, pela via por este pretendida de consulta do processo e reprodução por fotocópia, a todos os documentos administrativos que o mesmo vem solicitando desde 25/10/2000, assegurando-se deste modo o direito à informação administrativa que lhe assiste nos termos legal e constitucionalmente reconhecidos.

Na expectativa de que o objecto da presente iniciativa venha a merecer da parte de Vossa Excelência a melhor atenção, muito agradeço que no cumprimento do preceituado no artigo 38.º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9/04, me seja oportunamente facultada informação sobre a posição que o acima recomendado vier a merecer.

Acatada

Ex.^{mo} Senhor
Presidente do Conselho Executivo
da Escola Secundária de Emídio Navarro

R-1880/04
Rec. n.º 11/A/2004
24.11.2004
Assessor: Fátima Almeida

1. Conforme foi dado oportuno conhecimento a V. Ex.^a organizou a Provedoria de Justiça um processo para apreciar queixa apresentada pelo docente acima identificado, professor do quadro de nomeação definitiva desse estabelecimento de ensino público, onde era questionada a legalidade do procedimento adoptado por esse órgão de gestão, no que concerne à determinação do horário lectivo semanal que lhe foi atribuído durante o ano lectivo de 2003/2004 para leccionar disciplinas do 3.º ciclo do ensino básico e do ensino secundário do respectivo grupo de docência e que considera especialmente lesivo da sua esfera jurídica. E isto por ter deixado de lhe ser paga a hora extraordinária semanal que até aqui e com o mesmo horário semanal lhe era abonada, apesar de alegadamente exceder a componente lectiva atribuída.

2. A instrução do processo organizado na Provedoria de Justiça analisou os elementos apresentados em abono da reclamação e procedeu à audição de V. Ex.^a de molde a confirmar e esclarecer a actuação administrativa questionada.

2.1. Respondeu V. Ex.^a, por ofício recebido em 30/07/2004, dando conta das razões de facto e de direito em que estribava a posição assumida e,

em particular, dos critérios de cálculo adoptados para o estabelecimento do horário semanal do mesmo reclamante, argumentando, em suma e no essencial, que da conjugação dos artigos 83.º, n.º 1, e 84.º, n.º 2, do Estatuto da Carreira Docente 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, resultaria que apenas poderiam ser bonificadas as horas de serviço nocturno necessárias ao cumprimento da componente lectiva a que o referido docente se encontrava obrigado, mas que, no caso concreto, o horário nocturno que lhe fora distribuído corresponderia estritamente àquele que o mesmo precisaria para completar a componente lectiva a que estava sujeito e que era de 22 horas. Deste modo, e como sustenta, as 10 horas de serviço docente nocturno atribuídas integravam a respectiva componente lectiva, pelo que não poderia ser considerada qualquer fracção de serviço docente extraordinário que como tal pudesse ser remunerada.

3. Importando apreciar a questão decidenda perante a factualidade apurada e confirmada à luz do quadro legal implicado, não posso, porém, concordar com a linha de abordagem e posição interpretativa defendida na resposta de V. Ex.^a afigurando-se que a mesma não é de molde a justificar a validade da decisão tomada no caso vertente.

4. Com relevância para a pronúncia a que nos propomos, vem apurado que no ano lectivo de 2003/2004 foi distribuído ao docente em causa um horário semanal de serviço docente que perfez 10 horas lectivas nocturnas, uma vez que todas elas foram prestadas após as 19 horas (cfr. artigo 84.º, n.º 1, do ECD), e que a componente lectiva semanal a cujo cumprimento estava o mesmo obrigado era de 22 horas por leccionar em dois níveis de ensino (cfr. leitura cotejada dos n.ºs 2 e 3 do artigo 77.º do aludido Estatuto).

5. Cumprindo, de seguida, trazer à colação a legislação pertinente que com a matéria se relaciona e, em particular, as normas estatutárias do ECD, tenha-se presente que a prestação de serviço lectivo em horário nocturno beneficia de um factor de bonificação de 1,5 previsto no artigo 84.º, n.º 2, deste Estatuto para efeito e na medida em que for assegurado o cumprimento da componente lectiva semanal estabelecida para o docente visado. Conforme resulta *in fine* deste preceito legal, o referido coeficiente de bonificação apenas incide sobre as horas de serviço docente nocturno necessárias ao cumprimento da componente lectiva semanal a que o docente se encontre obrigado

nos termos dos artigos 76.º e 77.º do ECD – cfr. vasta e abundante jurisprudência dimanada a propósito, designadamente, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 28/05/96 (Rec. n.º 37680), de 3/10/95 (Rec. n.º 36394) e de 3/12/2002 (Rec. n.º 0426/02) e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo de 29/05/2003 (Proc. 11587/02), que se debruçaram sobre situações paralelas ou idênticas à aqui prefigurada.

6. Noutro plano, acresce assinalar que o trabalho docente extraordinário é conceptualmente definido como o serviço lectivo que for prestado além do número de horas da componente lectiva do horário semanal a que o docente está obrigado – cfr. artigos 61.º e 83.º, n.ºs 1 e 6, ambos do ECD. Quer isto dizer que o cálculo das horas extraordinárias é aferido por referência à duração da respectiva componente lectiva e à carga horária semanal efectivamente distribuída.

7. Do confronto entre os dois institutos assinalados decorre que, se o número de horas lectivas nocturnas atribuídas ao docente, por força do horário estabelecido, exceder a respectiva componente lectiva semanal, as horas leccionadas a mais não são bonificadas nos termos do sobredito artigo 84.º, n.º 2, mas são, outrossim, consideradas horas extraordinárias e, como tal, sujeitas a um regime de compensação remuneratória diferenciado nos termos do preceituado nos artigos 61.º e 62.º do ECD – cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo acima referenciado.

8. Atendendo, pois, ao quadro normativo respigado, o cerne da questão radica em saber se o horário lectivo nocturno que foi atribuído ao docente visado excede ou não a componente lectiva a que estava afinal obrigado.

9. No caso concreto em apreço, haverá a considerar, em primeira linha, que o horário semanal deste docente integrava uma componente lectiva de 22 horas, como professor dos ensinos básico e secundário, na qual beneficiava de uma redução de 8 horas nos termos previstos no artigo 79.º do ECD. Havendo que abater àquele horário a redução a que o mesmo docente tinha direito, a sua componente lectiva semanal era afinal de 14 horas (22h-8h).

10. Apurada a componente lectiva a que o docente estava efectivamente obrigado, importa tomar em consideração que na situação apreciada ao mesmo foi distribuído um horário de serviço docente exclusivamente nocturno por força do estatuído no artigo 84.º, n.º 1, do ECD.

11. E se o horário de 10 horas lectivas nocturnas é, como V. Ex.^a bem considera, necessário para atingir ou completar a componente lectiva semanal

concretamente atribuída ao impetrante nos termos conjugados dos artigos 77.º e 79.º do ECD, garantida que seja a sua bonificação pelo factor 1,5 a que se refere o n.º 2 do artigo 84.º, seguro se torna concluir que o horário nocturno leccionado corresponde, na realidade, a uma componente lectiva diurna de 15 horas (10x1,5), o que excede de facto a componente lectiva atribuída em mais uma hora de trabalho nocturno semanal.

12. Em resultado da carga horária nocturna globalmente considerada, fica demonstrado à saciedade que o docente realizou efectivamente, e para além da componente lectiva legalmente composta para o seu caso, mais uma hora nocturna de trabalho acrescido. Assim sendo, tem o mesmo direito ao pagamento da hora de serviço extraordinário semanalmente realizada no período nocturno referido e desde o início de ano lectivo de 2003/2004 que deveria ser remunerada nos termos dos artigos 61.º e 62.º do ECD.

13. Em consequência das considerações assim expendidas, afigura-se que o entendimento expresso por esse órgão de gestão ao não reconhecer ao mesmo docente o direito a ser abonado da hora de trabalho extraordinário nocturno semanalmente prestada em função do horário que lhe foi atribuído, incorre em errónea interpretação e aplicação da lei atinente e infringe, por isso, o disposto no artigos 61.º, 62.º, 83.º, 84.º, todos do referido ECD – v. na mesma linha, a argumentação e conclusões assumidas para casos idênticos pela jurisprudência administrativista acima citada e que aqui seguimos de perto.

14. Em consonância com a posição interpretativa ora preconizada e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.ª:

que seja providenciado o pagamento ao docente da hora extraordinária semanal por este efectivamente realizada desde o início do ano lectivo de 2003/2004, com os demais juros de mora, assim se repondo a legalidade posta em crise nos termos do estatuído nos artigos 61.º, 62.º, 83.º e 84.º, todos do Estatuto da Carreira Docente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28/04.



Recomendações

Queira V. Ex.^a em cumprimento do dever consignado no artigo 38.º, n.º 2, da citada Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, dignar-se informar sobre o seguimento que o assunto venha a merecer.

Aguarda resposta

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Direcção do Instituto do Desporto de Portugal

R-1496/02

Rec. n.º 12/A/2004

24.11.2004

Assessor: Fátima Almeida

1. Como V. Ex.^a decerto se recordará, a funcionária do quadro de pessoal do extinto Instituto Nacional do Desporto acima identificada, colocada no Laboratório de Análises e Dopagem desse instituto com a categoria de técnica de diagnóstico e terapêutica de 1.^a classe, da carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica, suscitou junto da Provedoria de Justiça a apreciação da regularidade do comportamento omissivo desse organismo por não lhe ser facultada a abertura de concurso de acesso para promoção a categoria superior da respectiva carreira, nos termos do regime jurídico constante do artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 121/96, de 9 de Agosto.

A referida pretensão tinha por base a verificação de condições específicas para a dinamização da candidatura a lugar de acesso da respectiva carreira, em virtude de a funcionária se encontrar posicionada no último escalão da respectiva categoria e reunir os demais requisitos de tempo de permanência e classificação de serviço na mesma categoria a que aludia o invocado normativo legal.

2. Cumprirá relembrar, antes de mais, que a apreciação da situação concreta suscitada pela mesma impetrante tem motivado, ao longo dos dois últimos anos, extensa troca de correspondência entre esse órgão de gestão e a Provedoria de Justiça que culminou, mais recentemente, e em face das expli-



cações fornecidas por V. Ex.^a, na emissão de uma chamada de atenção que em 31/05/2004 lhe foi dirigida por este órgão do Estado tendente à resolução célere desta problemática.

3. Na verdade, apesar das inúmeras diligências realizadas ao longo do tempo neste sentido e a despeito do reconhecimento formal por esse organismo público do direito que assiste à aludida funcionária ao abrigo do Decreto-Lei n.º 121/96, de 9/08, como também do disposto no artigo 15.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21/12, o certo que a situação apurada não conheceu desenvolvimento concludente até à actualidade, tendo V. Ex.^a limitado a apontar as razões formais ou materiais que, no seu entender, obstariam, e ainda obstam, à abertura do procedimento concursivo reclamado.

4. Recordo que, numa primeira fase, V. Ex.^a terá invocado como impedimento a tal promoção a existência de constrangimentos financeiros decorrentes da aplicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/2002, de 18/05, e a alegada impossibilidade de, no imediato, assegurar as disponibilidades orçamentais adequadas à assunção dos encargos decorrentes (cfr. ofício de 29/10/2002), a que, ulteriormente acrescentou, após insistência destes serviços, novos condicionalismos derivados das alterações orgânico-institucionais entretanto operadas, ao fazer depender o cumprimento “in casu” do regime constante do citado Decreto-Lei n.º 121/96 da aprovação e publicação oficial do novo quadro de pessoal do Instituto do Desporto de Portugal, organismo criado pelo Decreto-Lei n.º 96/2003, de 7/05 (cfr. ofícios, de 17/07/2003, de 4/08/2003 e de 25/05/2004).

5. Apesar das perspectivas de resolução deste caso que terão ditado o arquivamento do processo em Agosto de 2002, a verdade é que a situação persiste, desde então, inalterada por não ter sido ainda aprovado o novo quadro de pessoal desse organismo público e não haver notícia de qualquer outra providência administrativa que tivesse sido tomada para superar o impasse subjacente – cfr. o vosso ofício de 23/09/2004. E isto por razões que entendo não serem suficientemente válidas ou procedentes para perpetuar a situação de inércia demonstrada pela Administração ou servir de impedimento insuperável à imediata abertura do concurso de acesso pretendido pela reclamante.

6. Para a presente tomada de posição não posso deixar de retomar e desenvolver o argumentário justificativo que a Provedoria de Justiça tem vindo

a explanar nas sucessivas comunicações dirigidas a V. Ex.^a. Na verdade, as especificidades do tratamento legislativo aplicável devem ditar uma análise especial da situação no contexto próprio do Decreto-Lei n.º 121/96, de 9/08 .

7. Nesse sentido, o artigo 2.º do aludido diploma veio impor a abertura obrigatória de concurso para provimento de lugar de acesso disponível e orçamentado, sob a forma de concurso interno limitado, sempre que existirem funcionários posicionados no último escalão da respectiva categoria e com mais de seis anos de permanência na mesma, com classificação não inferior a *Bom* – cfr. n.º 1.

8. Não é demais enfatizar que deste Decreto-Lei decorre para a Administração a obrigatoriedade de facultar a abertura de concurso de acesso aos destinatários das suas normas a partir do momento em que exista lugar vago no quadro do respectivo serviço, sendo a exequibilidade da disposição em apreço condicionada à existência de cobertura ou confirmação de cabimento orçamental do correspondente encargo a conferir pela Direcção-Geral do Orçamento – cfr. a previsão legal do sobredito artigo 2.º, n.º 1.

9. Note-se, porém, que a decisão de abertura deste concurso, conquanto submetida aos pertinentes formalismos procedimentais, não pode ficar suspensa *sine die* da verificação incerta dos factores de ordem administrativa ou financeira que condicionam a generalidade da abertura dos concursos no âmbito da função pública, ou seja, à eventual disponibilidade do órgão administrativo competente para ajuizar da oportunidade ou imprescindibilidade do pretendido concurso.

10. Pretendendo o legislador do Decreto-Lei n.º 121/96 garantir, no n.º 3 do seu artigo 2.º, que seja assegurada a orçamentação das vagas a concursar no quadro da previsão orçamental das necessidades dos serviços e organismos, o sentido útil desta norma não pode deixar de implicar para a Administração uma verdadeira obrigação de providenciar, em tempo razoável, as condições administrativas adequadas à abertura do concurso de acesso previsto, *maxime* a correspondente inscrição e cabimento orçamental. Ou seja, a abertura de concurso de acesso configura neste contexto legal um verdadeiro imperativo que vincula a Administração de forma predeterminada quanto à sua oportunidade e conteúdo, cabendo-lhe o dever de ultrapassar os condicionamentos de natureza administrativa que se coloquem perante situações que se subsumam na correspondente previsão legal.

11. Quer isto dizer que ao assegurar a possibilidade de os destinatários desta norma se candidatarem a concurso para categoria superior, a intenção do legislador não foi apenas a de proporcionar uma mera oportunidade para apresentação a concurso, mas antes a de reforçar, de forma objectiva, a tutela genericamente conferida em matéria de direito de acesso na carreira em que se encontrem integrados, permitindo que aspirem ao seu desenvolvimento harmónico em função do largo tempo de permanência na categoria imediatamente anterior. Consagra, assim, um verdadeiro direito subjectivo a ver aberto o concurso de acesso nas condições descritas que se sobrepõe a qualquer aferição casuística do interesse público deste processo, na perspectiva gestonária ou financeira habitualmente prevalecente.

12. E assim será, no caso vertente, estando V. Ex.^a, Senhor Presidente, vinculado a dinamizar a abertura do concurso de acesso reclamado pela funcionária em causa, uma vez que a situação funcional desta preenche todos os requisitos enunciados no artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 121/96.

13. Tão pouco releva invocar as alterações orgânicas supervenientes e a pendência do processo de aprovação do novo quadro de pessoal desse instituto público como impeditivo da aplicação das disposições do aludido Decreto-Lei n.º 121/96.

14. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 96/2003, de 7/05, criou o novel Instituto do Desporto de Portugal (IDP) em resultado da fusão dos ex-Instituto Nacional do Desporto, Centro de Estudos e Formação Desportiva e Complexo de Apoio às Actividades Desportivas, prevista *ab initio* no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 16-A/2002, de 31/05 (Primeira alteração ao Orçamento de Estado para 2002, aprovado pela Lei n.º 109-B/2001, de 27/12) e, do mesmo passo, determinou a reafecção ao novo instituto público do pessoal e do património dos serviços extintos, com a assunção dos correspondentes direitos e obrigações – cfr. artigos 3.º, n.ºs 1 e 3, e 4.º.

15. É certo que no âmbito do regime de transição delineado para os funcionários dos quadros de pessoal dos serviços extintos (artigo 4.º, n.º 1), o referido diploma orgânico previu ainda a aprovação do quadro de pessoal do novo IDP sujeito ao regime da função pública, a processar nos termos do artigo 28.º, n.º 2, do Estatuto anexo; formalidade esta que se torna necessária à colocação e reafecção deste efectivo no âmbito do novo instituto. Contudo, também é seguro que o mesmo diploma salvaguardou a vigência dos quadros

de pessoal dos organismos extintos pelo mesmo diploma (artigos 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 3) até à concretização deste formalismo.

16. Neste contexto e ao invés do que V. Ex.^a sustenta, não creio que se possa retirar da norma de salvaguarda da validade dos concursos pendentes à data do início da vigência da nova lei orgânica (cfr. artigo 7.º, n.º 5) o afloramento de um critério normativo genérico que impeça a abertura dos concursos de acesso em causa por não estarem abrangidos pela previsão deste preceito. Na realidade, esta disposição transitória limitou-se a esclarecer e a enquadrar para futuro posições juridicamente relevantes até então regidas pela lei anterior no momento em que entrou em vigor a nova lei orgânica, não podendo servir de obstáculo legal ao exercício do direito outorgado pelo Decreto-Lei n.º 121/96 enquanto vigorar o quadro de pessoal do ex-Instituto Nacional do Desporto.

17. A despeito do eventual desfecho do processo de aprovação do quadro de pessoal desse instituto, não estará V. Ex.^a impedido de prover os lugares de acesso existentes no quadro do extinto IND, cumprindo-lhe, antes, arrear os constrangimentos administrativos ou burocráticos que obstem ao indispensável cumprimento da lei aplicável.

18. Diga-se, em abono da verdade, que tão pouco subjaz ao caso concreto a conveniência em estabilizar o crescimento do efectivo pertencente aos organismos extintos como condição para a fixação do quadro de pessoal do novo IDP, tratando-se como se trata, de um processo de recrutamento para categoria de acesso que obedece ao procedimento de concurso limitado. Nem pode, ademais, reconhecer-se a proeminência de eventuais orientações administrativas que tenham sido emanadas da Direcção-Geral da Administração Pública a este respeito quando a abertura do concurso em causa se revê plenamente na conformidade com o direito para o qual se acha vinculado.

19. Não valerá a pena controverter mais a questão de saber se o regime transitório do Decreto-Lei n.º 96/2003 prejudica a ocupação dos lugares disponíveis no quadro de pessoal do ex-IND e a consequente aplicação do Decreto-Lei n.º 121/96, quando este aparente obstáculo se revela incompatível ou incongruente com a actuação superveniente de V. Ex.^a, a partir do momento em que se dispôs a preencher os lugares do mesmo quadro através do mecanismo de transferência interdepartamental – situação que V. Ex.^a con-

firma (cfr. ofício de 23/09/2004) e é reiterada em recente oferta de emprego anunciada nos principais órgãos de comunicação social escrita.

20. A verdade é que os argumentos sucessivamente esgrimidos para minimizar o exercício do direito que inegavelmente assiste à reclamante se revelam obstáculos meramente artificiais e até contraditórios com o comportamento superveniente desse organismo, sendo absolutamente transponíveis por vontade da própria Administração que a tanto está obrigada.

21. Verifica-se, pois, no caso presente, que a conduta desse órgão, ao abster-se de dar cumprimento ao dever legal a que se encontrava adstrito nos termos do artigo 2.º do citado Decreto-Lei n.º 121/96, é ilegal por violação das normas jurídicas invocadas, além de ser contrária aos princípios da transparência, da equidade e da protecção da confiança que devem orientar a actividade da Administração em geral.

Assim, à luz das considerações de direito precedentemente expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91,

Recomendo

a V. Ex.^a, Senhor Presidente:

que sejam desencadeadas, no mais curto prazo de tempo, as necessárias providências e medidas administrativas conducentes à abertura de concurso de acesso para a categoria de técnico de diagnóstico e terapêutica principal da carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica do quadro de pessoal do ex-Instituto Nacional do Desporto, aplicando-se o procedimento do concurso limitado a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 121/96, de 9/08, de molde a permitir dar satisfação integral à pretensão formulada pela reclamante e assegurar o direito que legalmente lhe assiste nos termos do aludido diploma.

Queira V. Ex.^a, em cumprimento do dever consignado no artigo 38.º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9/04, dignar-se informar sobre a sequência que o assunto vier a merecer.

Não acatada

Sua Excelência
O Ministro da Educação

R-3780/02

Rec. n.º 2/B/2004

27.01.2004

Assessor: Fátima Almeida

1. Em diversas ocasiões, foram apresentadas na Provedoria de Justiça queixas provindas de funcionários pertencentes a carreiras e categorias profissionais do pessoal não docente dos estabelecimentos públicos de educação e ensino não superior, cujo objecto se centrava, directa ou reflexamente, na ausência das normas regulamentares a que alude o artigo 12.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 515/99, de 24/11, e, bem assim, na consequente inexecução normativa de alguns comandos legais que integram o mesmo articulado legal, *maxime* do regime de transição e reposicionamento indiciário do efectivo por este abrangido, situação que alegadamente se manteria inalterada volvidos que foram mais de quatro anos sobre a data da publicação do referido diploma.

2. A problemática suscitada mostra-se já do conhecimento de S. Ex.^a o Secretário de Estado da Administração Educativa, o membro do Governo ao qual tive oportunidade de me dirigir no âmbito de um outro processo organizado e já resolvido neste órgão do Estado sob o número R-842/00. Não obstante, e em face dos contornos específicos da abordagem que me proponho encetar, permita-me Vossa Excelência, Senhor Ministro, que proceda desde já a breve registo contextual das razões que dão causa à presente iniciativa.

3. Para o efeito, tenha-se presente que o Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro, diploma que estabeleceu o regime jurídico das carreiras e categorias do pessoal não docente em funções nos estabelecimentos públicos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário (artigo 1.º), procedeu, entre outras matérias relevantes, à definição de novo enquadramento organizativo dos quadros deste pessoal (artigo 11.º), bem como à revisão da estrutura e enquadramento indiciário próprio do universo de carreiras e categorias funcionais com denominação específica abrangidas pelo mesmo

diploma, incluindo, no que aqui particularmente nos ocupa, a carreira de cozinheiro (v. artigos 28.º e 37.º).

4. Do mesmo passo, e em sede de disposições transitórias, cuidou de prever regras especiais de transição para os funcionários inseridos nesta última carreira profissional, e, em particular, dos titulares da categoria de ajudante de cozinha, estipulando o respectivo reposicionamento nos lugares da categoria de cozinheiro, a figurar no âmbito dos quadros regionais previstos no artigo 12.º, n.º 3, do mencionado diploma – cfr. artigo 64.º, n.º 1, cotejado com o artigo 65.º, n.º 2.

5. Apesar do referido Decreto-Lei n.º 515/99 ter iniciado a sua vigência em 1/12/99 (artigo 73.º) e, como tal, ter passado a integrar a ordem jurídica estabelecida a partir desta data, o certo é que a integração dos funcionários abrangidos pelo novo regime nas carreiras, categorias e índices resultantes das regras de transição não operava de forma directa e automática, estando a eficácia (retroactiva ou diferida) das alterações introduzidas sujeita a diferentes condicionantes de ordem formal ou temporal, conforme decorre do disposto nos artigos 70.º e 71.º deste diploma.

6. Debruçando-nos especificamente sobre o segmento do regime legal que aqui interessa assinalar, pode afirmar-se, com segurança, que a exequibilidade plena das normas de transição dos funcionários da reestruturada carreira de cozinheiro (artigo 65.º, n.º 2) apenas poderia operar, nos termos mencionados do mesmo diploma, após a publicação da portaria conjunta que aprovasse os lugares dos quadros regionais do pessoal não docente a criar no âmbito das direcções regionais de educação, nos termos da mesma lei (artigos 12.º e 16.º), pelo que só então ocorreria a integração formal nas novas categorias, assim como o processamento do diferencial remuneratório resultante, no limite com efeitos retroagidos a 1/01/00.

7. Na verdade, decorre da conjugação dos preceitos constantes dos artigos 64.º, n.º 1, 65.º, n.º 2, 70.º, n.º 1 e 12.º, n.º 3, do invocado Decreto-Lei n.º 515/99 que a efectivação do direito à transição e reposicionamento salarial consagrado para os funcionários da carreira de cozinheiro carecia ainda de um acto mediador, ou seja, apresentava-se indissociavelmente ligada à emanação da regulamentação complementar prevista no artigo 12.º, n.º 3, do citado diploma, a qual funcionaria como requisito de eficácia das normas de transição em causa.

8. Neste sentido apontavam as normas orientadoras vertidas na Circular Conjunta n.º 2/1999, de 6/12/99, emitida pela Direcção-Geral da Administração Educativa (DGAE) e o Gabinete de Gestão Financeira desse Ministério (pontos 5.2 e 5.2.3), cuja correcção se afigura indesmentível.

9. Apesar disso e do prazo fixado na referida disposição legal, a aludida portaria regulamentar não foi emitida durante o período de tempo até aqui decorrido.

10. Ora, nos casos que, em particular, me foram dados a conhecer, estava em causa a situação dos funcionários da carreira de cozinheiro, quer em efectividade de funções, quer ainda dos titulares da mesma carreira que reunindo as condições previstas à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 515/99, transitaram entretanto para a situação de aposentados, os quais, em qualquer das circunstâncias, e na falta da referida regulamentação, se vêem agora privados de beneficiar das vantagens decorrentes das normas de transição e revalorização salarial aí estabelecidas, apesar das garantias de salvaguarda especialmente assinaladas para o pessoal não docente que se aposentou até 31/12/00 (cfr. artigo 71.º, n.º 5).

11. Instada, numa primeira ocasião, a esclarecer a matéria questionada, a DGAE fez apelo à regulamentação dos quadros regionais do pessoal não docente em falta como instrumento jurídico necessário para executar a transição dos funcionários da carreira de cozinheiro e os efeitos remuneratórios decorrentes.

12. Mais recentemente e no quadro de apreciação de um outro processo organizado nestes serviços a propósito de idêntica questão (R-842/00), veio o Secretário de Estado da Administração Educativa transmitir-me, a coberto do ofício de 5/06/03, a intenção de reavaliar as opções contempladas no regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 515/99, filiada na necessidade de ajustar as soluções previstas com os objectivos prosseguidos no âmbito da política de educação e da gestão dos recursos humanos disponíveis pelo sistema educativo, tendo-me sido adiantado que estaria em preparação novo diploma legal enquadrador desta matéria cujo anteprojecto se encontrava já em fase de finalização.

13. Não cabendo ao Provedor de Justiça pronunciar-se sobre os critérios de oportunidade política invocados ou questionar a liberdade de conformação legislativa de que dispõe a Administração na ponderação das altera-

ções estatutárias anunciadas, haverá ainda assim algumas preocupações adicionais que entendo dever partilhar com V. Ex.^a a propósito deste assunto.

14. Em primeiro lugar, e na esteira das considerações que em anterior processo tive a oportunidade de dirigir ao Secretário de Estado da Administração Educativa afigura-se-me evidente que a actuação desse Ministério, assim como dos demais departamentos ministeriais envolvidos na feitura do diploma (Ministério das Finanças), ao omitir a aprovação das normas regulamentares legalmente exigidas, incorre em incumprimento do dever de regulamentação a que se encontrava obrigado, incompatível, como tal, com a necessidade de conferir operatividade ao regime legal de transição em causa. Permito-me recordar que nos termos do artigo 199.º, alínea c), da Constituição, compete ao Governo assegurar a feitura dos regulamentos necessários à boa execução das leis, e, neste domínio, se inscreve a obrigatoriedade de edição dos chamados regulamentos complementares ou de execução, classificação na qual se subsume o caso suscitado.

15. Nesta perspectiva e a despeito da complexidade e abrangência do processo de constituição dos quadros regionais em presença, não posso deixar de manifestar a minha reprovação por não ter sido adoptado o regulamento reclamado, quando é certo que o problema já se arrasta há alguns anos sem desfecho assinalável.

16. Noutro plano, entendo também que as eventuais modificações estatutárias a introduzir na ordem jurídica pelo novo diploma não podem, de modo algum, justificar a limitação ou ablação do direito à revalorização funcional e salarial consagrado para o pessoal não docente nas disposições transitórias do Decreto-Lei n.º 515/99.

17. Se é certo que a situação jurídica dos funcionários públicos em geral, no que diz respeito ao seu âmbito estatutário, é livremente alterável pela lei nova, estando na disponibilidade do legislador proceder, a todo o tempo, à sua modificação nos termos que entenda mais convenientes (v. a este respeito, Marcelo Caetano, in *Manual de Direito Administrativo*, Vol II, pág 754), é, todavia, princípio geral do nosso ordenamento jurídico que tal liberdade conformadora tem como limite vinculativo o respeito pelos direitos já anteriormente adquiridos ou definitivamente subjectivados na esfera jurídica individual dos seus destinatários, como também das situações de facto materialmente consolidadas – v. neste sentido o Acórdão do STA de 4/07/95 – Proc.º 27050 –, atentos os postulados constitucionais da segurança jurídica e da

tutela da confiança ínsitos no princípio do Estado de direito democrático – cfr. artigo 2.º da mesma Constituição.

18. Dito de outro modo, a amplitude da anunciada alteração legislativa em caso algum deve assumir conteúdo retrocedente relativamente às soluções normativas anteriormente consagradas, ou seja: redundar em diminuição das expectativas de revalorização funcional e salarial alcançadas pelos funcionários visados no âmbito do diploma legal ainda em vigor.

19. Vale isto para considerar que, na situação que nos ocupa, o regime jurídico consignado no Decreto-Lei n.º 515/99, de 24/11, particularmente em matéria de transição dos funcionários da carreira de cozinheiro, reúne, por si só, suficiente densidade normativa e não necessita de ulterior concretização, gozando, desde logo, de certeza jurídica na sua aplicação individual. E isto porque permite aos respectivos destinatários conhecer, com precisão e segurança, o alcance das normas em questão, no que concerne à determinação do posicionamento concreto que lhes caberia na categoria e escalão da nova estrutura da respectiva carreira.

20. De tal modo que a ulterior regulamentação dos quadros regionais em falta nunca poderia interferir na concreta configuração deste direito, ou na respectiva eficácia temporal (v. artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 515/99), sequer determinar limitações à densidade dos efectivos abrangidos pelas referidas regras de transição.

21. Inclino-me, por isso, Senhor Ministro, a reconhecer na posição jurídica subjectiva alcançada pelos funcionários da carreira de cozinheiro abrangidos pelas normas de transição contidas no Decreto-Lei n.º 515/99, de 24/11, ainda em vigor, um direito adquirido ou, pelo menos, uma expectativa juridicamente tutelável relativamente à efectivação do respectivo reposicionamento nas novas carreiras, categorias ou índices, nos termos aí consignados.

22. De resto, observo que a omissão da regulamentação aludida pode ainda legitimar eventual reacção dos seus destinatários pela via judicial adequada, através do pedido de verificação de ilegalidade por omissão e, em cumulação ou não, a condenação da Administração à reparação do prejuízos eventualmente causados (efectivação de responsabilidade civil extracontratual) – v. neste sentido João Caupers in “Um dever de regulamentar” – Cadernos de Ciência e Legislação n.º 18, de Março de 1997 e os artigos 2.º, n.ºs 1 e 2, 46.º, n.º 2, alínea *d*), 47.º, n.ºs 1 e 2 e 77.º, n.º 1, todos do Código de Pro-

cesso nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22/02, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19/02.

23. Pelos motivos atrás adiantados e tendo em conta a eventual revisão do regime jurídico contido no Decreto-Lei n.º 515/99, de 24/11, não me parece de todo desajustado, antes recomendável, que a bem da justiça, da protecção da confiança e da boa fé que devem nortear a actuação do Estado perante os cidadãos, seja assegurada, no âmbito da nova disciplina legal, a concretização da tutela dos direitos e interesses visados pelos titulares da carreira de cozinheiro, entre outros, em grau idêntico ao alcançado pelos respectivos destinatários no quadro legal vigente, assim se colmatando a injusta situação de impasse aqui denunciada.

Em face de tudo quanto precede, e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência, Senhor Ministro:

que à luz das considerações de direito e de justiça enunciadas, e prevalecendo-se eventualmente da revisão legislativa em curso, sejam promovidas as medidas legislativas e/ou regulamentares que permitam superar a situação de omissão normativa verificada, no que tange à exequibilidade das situações jurídicas abrangidas pelo regime de transição consignado nos artigos 64.º a 71.º do Decreto-Lei n.º 515/99, de 24/11, especialmente dos funcionários da carreira de cozinheiro a que se refere o artigo 65.º, n.º 22, do mesmo diploma, por forma a que fique salvaguardada a sua efectiva tutela, nomeadamente o respectivo reposicionamento funcional e/ou remuneratório, nos exactos termos e com os efeitos anunciados na legislação ainda vigente.

Permito-me lembrar a Vossa Excelência a circunstância de a formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto no artigo 38.º, 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 parcialmente



Sua Excelência
O Ministro da Segurança Social e do Trabalho

P-09/03
Rec. n.º 4/B/2004
23.03.2004
Assessor: Graça Fonseca

No âmbito da instrução de queixas apresentadas na Provedoria de Justiça, tem-se constatado que a Administração Pública, nas suas diversas modalidades, utiliza os programas de actividade ocupacional para prover a necessidades permanentes dos serviços e ocupar verdadeiros postos de trabalho. As situações que aqui se apresentam demonstram-no de modo evidente.

1. Das situações analisadas na Provedoria de Justiça relativas a acordos de actividade ocupacional.

1.1. Dois trabalhadores desempregados, invocando a ocupação de postos de trabalho na Subdelegação do Barreiro do Instituto de Desenvolvimento e Inspeção das Condições de Trabalho e na Zona Agrária da Direcção Regional de Agricultura do Ribatejo e Oeste, solicitaram a minha intervenção, no sentido de lhes serem reconhecidos os direitos inerentes à qualidade de funcionários públicos.

1.2. Realizada a instrução, apurou-se que “a ocupação dos postos de trabalho identificados ocorreu ao abrigo de acordos de actividade ocupacional celebrados entre os referidos organismos públicos e os trabalhadores desempregados queixosos, com prévia aprovação, pelo Centro de Emprego do Barreiro e pelo Centro de Emprego de Tomar, dos respectivos programas cuja descrição nas fichas de projecto, desde logo, o evidencia ou propicia”.

1.3. Foi ainda possível verificar que o Instituto do Emprego e Formação Profissional, adiante designado por IEFP, “em sede de acompanhamento e fiscalização limitou-se a receber as folhas de assiduidade dos trabalhadores”, o que, saliente-se, correspondia à prática do instituto no desempenho das suas competências legais de acompanhamento e fiscalização de



projectos de actividade ocupacional. No que respeita ao Centro de Emprego de Tomar, a prática era “estabelecer-se o acompanhamento dos programas ocupacionais através do contacto telefónico com as entidades, assim como o atendimento personalizado pelo técnico a quem está distribuído o programa, sempre que as entidades ou os trabalhadores inseridos se desloquem aos respectivos Centros”.

1.4. Para além das insuficiências constatadas ao nível da fiscalização por parte do IEFP, apurou-se, ainda, que “os trabalhadores não frequentaram acções de formação profissional, não realizaram provas de selecção com vista à obtenção de emprego, nem receberam orientação profissional do IEFP, ao contrário do que estava previsto nos acordos de actividade ocupacional celebrados (...)”. Também não cumpriu o IEFP com a obrigação constante dos referidos acordos de elaborar relatórios de acompanhamento e fiscalização do respectivo cumprimento.

1.5. Assim, nas situações supra referidas apurou-se que “a figura dos acordos de actividade ocupacional foi usada pela Administração em manifesto desvio de poder. Com efeito, constituiu uma forma de prover às necessidades próprias dos serviços públicos sem os direitos e as garantias para os trabalhadores que decorreriam da relação jurídica de emprego público. Tratou-se de actuação (e omissão) administrativa injusta e desproporcionada. Por um lado, foi usada de forma desqualificante a mão de obra de trabalhadores desempregados, que acreditaram ser possível, por essa via, a sua inserção profissional (na função pública). Por outro lado, há uma lesão permanente do interesse financeiro do Estado, pois estes trabalhadores, decorrida a vigência dos acordos de actividade ocupacional, vão continuar a ser destinatários dos esquemas de protecção em matéria de desemprego ou apoio social”.

1.6. Face à matéria apurada, entendeu, na devida altura, este órgão do Estado, dirigir um reparo ao Presidente do IEFP, do qual foi Vossa Excelência informado, considerando que foram aprovados projectos de actividade ocupacional com a ocupação de postos de trabalho existentes e que não actuou, acompanhando e fiscalizando a actividade exercida pelos trabalhadores desempregados.

1.7. Em Abril de 2003, no âmbito da instrução de um processo instaurado na sequência de uma reclamação relativa ao procedimento de recrutamento de pessoal para integrar bases de dados de âmbito distrital do Instituto da Solidariedade e Segurança Social, apurou-se que o Centro Distrital de

Solidariedade e Segurança Social de Portalegre utilizou acordos de actividade ocupacional para prover à ocupação de postos de trabalho e que o termo dos mesmos foi invocado para fundamentar subseqüentes contratações, autorizadas pelo conselho directivo do mesmo instituto, à margem do procedimento selectivo adequado.

1.8. Assim, a ocupação de postos de trabalho e a prossecução de necessidades permanentes dos serviços através da celebração de acordos de actividade ocupacional, em claro desvio face ao quadro normativo vigente, tem sido uma constante em diversas queixas que me têm sido presentes. Para além das situações supra analisadas, destaco, ainda, ao nível da Administração Central, reclamações no âmbito do programa Cultura/Emprego, aprovado pelo Despacho Conjunto n.º 243/99, D.R. II Série de 17 de Março, e, ao nível da Administração Local, diversas situações verificadas na Câmara Municipal de Castro Marim, processo este que ainda se encontra em instrução.

1.9. E, por outro lado, para além das situações do tipo supra relatado, tem-se constatado, em diversos processos instruídos na Provedoria de Justiça, que os reclamantes referem, quando descrevem a sua situação profissional, o exercício de funções “como ocupacional” ou “requisitado ao centro de emprego”, funções essas que, posteriormente, são exercidas pelos mesmos, agora no âmbito de um contrato de trabalho a termo.

1.10. Ora a utilização, por parte das entidades promotoras de actividade ocupacional e do IEFP, de trabalhadores neste regime, em manifesta violação do quadro normativo vigente, fere os mais elementares princípios de direito e de justiça. E esta utilização abusiva, e a correspondente falta de fiscalização, afigura-se-me particularmente grave na actual conjuntura económico-social, em que a conjugação de uma situação de crise orçamental com reflexos no mercado público de emprego, propicia condições para a existência de diversas situações de exploração institucional de mão-de-obra barata.

1.11. A “falsa actividade ocupacional” assume, assim, contornos indesejáveis, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista de obrigação moral, por parte das entidades destinatárias destes programas, bem como dos serviços competentes do IEFP, face às falsas expectativas geradas aos interessados que vêm, na ocupação de um posto de trabalho, o emprego desejado, descurando as entidades públicas em causa, enquanto integrando a Administração do Estado, a particular obrigação que este deve assumir quanto à clarificação das formas de vinculação em relação a quem lhes presta trabalho.

2. Do regime jurídico dos programas ocupacionais

2.1. De acordo com o disposto no n.º 2 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março, considera-se trabalho necessário o que deva ser desenvolvido no âmbito de programas ocupacionais organizados por entidades sem fins lucrativos, em benefício da colectividade e por razões de necessidade social ou colectiva, para o qual os titulares das prestações tenham capacidade e que não lhes cause prejuízos graves. Procura-se, assim, envolver os desempregados em actividades de utilidade social, mitigando os efeitos sociais negativos do desemprego e aumentando as possibilidades de reinserção no mercado de trabalho.

2.2. Assim, já na Portaria n.º 145/93, de 8 de Fevereiro, na qual se consagravam as condições de prestação de trabalho em programas ocupacionais, se afirmava que “dentro da preocupação de fomento da actividade dos desempregados, e na medida em que não surjam oportunidades de emprego conveniente ou de formação, considera-se desejável a participação dos desempregados subsidiados em trabalho necessário desenvolvido no âmbito de programas ocupacionais organizados por entidades sem fins lucrativos, em benefício da colectividade por razões de necessidade social ou colectiva (...)”. Podiam, nos termos do n.º 3 desta Portaria, candidatar-se a programas ocupacionais as entidades de direito público ou privado, sem fins lucrativos, competindo ao IEFP a respectiva aprovação. A partir daqui, começa a ganhar dimensão a utilização de trabalhadores desempregados em actividades ocupacionais no âmbito de serviços da Administração Pública.

2.3. Este diploma viria a ser revogado pela Portaria n.º 192/96, que no seu preâmbulo realça que “a longa experiência dos programas ocupacionais, iniciados em 1985, tem demonstrado que, ao envolverem-se os desempregados em trabalho de utilidade social, valorizando as suas competências, para além de mitigar os efeitos sociais negativos do desemprego, permite-lhes aumentar as possibilidades de reinserção no mercado de emprego”.

2.4. Assim, nos termos da mesma Portaria, o papel dos programas ocupacionais no conjunto das actividades da política de emprego, como se afirma no respectivo preâmbulo, “não é a execução de tarefas produtivas no mercado de trabalho, mas a ocupação socialmente útil de pessoas desocupadas enquanto não lhes surgirem alternativas de trabalho, subordinado ou autónomo, ou de formação profissional, garantindo-lhes um rendimento de

subsistência e mantendo-as em contacto com outros trabalhadores e outras actividades, evitando, assim, o seu isolamento e combatendo a tendência para a desmotivação e marginalização”.

2.5. Nos termos do n.º 2 da mesma Portaria, sob a epígrafe “Conceito e âmbito”, a actividade ocupacional consubstancia uma ocupação temporária de “trabalhadores subsidiados”, isto é, trabalhadores a receber prestações de desemprego, e de “trabalhadores em situação de comprovada carência económica”, isto é, desempregados inscritos nos centros de emprego que não tenham direito às prestações de desemprego, ou que já tenham terminado os respectivos períodos de concessão, e que se encontrem em situação de comprovada carência económica. Em qualquer dos casos, a actividade ocupacional não pode consistir no preenchimento de postos de trabalho existentes, conforme se dispõe no n.º 2.3 do mesmo diploma.

2.6. Ainda que, no que respeita à actividade ocupacional promovida por entidades públicas, possa ser difícil determinar os seus contornos exactos, não me parece que se possa incluir no conceito de trabalho necessário, que nos termos da alínea b) do n.º 7.1 da Portaria identificada, terá de “consistir na realização de tarefas úteis à colectividade e que, normalmente, não vinham sendo executadas ou eram prestadas por trabalho voluntário”, a prestação de trabalho exigível no exercício das atribuições e competências próprias das entidades públicas bem como no desenvolvimento de actividades de suporte, marginais ou instrumentais, ao cumprimento daquelas.

2.7. Aliás, não posso deixar de manifestar algumas reservas quanto ao conceito de trabalho necessário expresso nos termos contidos na Portaria. Para além de não se definir “trabalho necessário”, parece dar-se a este um carácter impositivo, que se afigura não dever ter¹⁷⁷. Neste sentido a norma em causa peca por defeito e é de duvidoso enquadramento na norma habilitante – n.º 2 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março.

2.8. Ora na instrução dos processos supra referidos, constatou-se que a actividade ocupacional foi, de modo evidente, utilizada ou para o exercício das competências próprias das entidades públicas ou para prover postos de trabalho, em manifesto desvio de poder.

¹⁷⁷ Estabelece o n.º 7/1 da Portaria em causa que se considera “...trabalho necessário o que tem que ser aceite pelos trabalhadores subsidiados e inserido em projectos ocupacionais. ...”

2.9. No primeiro tipo de situações, refiro-me especificamente ao caso da Zona Agrária da Direcção Regional de Agricultura do Ribatejo e Oeste, em que o serviço competente do Ministério da Agricultura, invocando “falta de pessoal”, solicitou ao Centro de Emprego de Tomar pessoal adequado para exercer a função de gestão da zona agrária através de programa ocupacional, tendo o centro de emprego em questão anuído ao solicitado.

2.10. No segundo tipo de situações, saliento o caso do pessoal a exercer falsa actividade ocupacional nos serviços locais de Portalegre do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, em que uma das motivações para a abertura do concurso foi precisamente a necessidade de “regularização” da actividade que prestavam. Aliás, procedimentos semelhantes foram detectados em diversas queixas, nas quais se refere que a prestação de trabalho, efectuada para uma determinada entidade no exercício de actividade ocupacional, é seguida de uma contratação a termo para o desempenho da mesma função. Refiro, ainda, neste tipo de situações, o caso da prestação de trabalho necessário no âmbito do programa Cultura/Emprego, aprovado pelo Despacho Conjunto n.º 243/99, D.R. II Série de 17 de Março.

2.11. O tipo de situações supra referidas afigura-se-me particularmente censurável. Na verdade, se é importante combater a desmotivação e a marginalização que normalmente se encontram associadas à situação de desemprego, mais importante será não criar falsas expectativas através de uma actividade ocupacional que, na realidade, corresponde a uma prestação de trabalho subordinado, sem que a entidade beneficiária tenha encargos com a remuneração¹⁷⁸. Com efeito, nos termos do n.º 8/3 da Portaria n.º 192/96, à entidade promotora à qual o trabalho necessário é prestado compete o pagamento das despesas de transporte, alimentação e seguro de acidentes.

2.12. Inexistindo em todos os casos de actividade ocupacional uma manifestação de vontade da entidade promotora em proceder à contratação de pessoal, os efeitos dessa ausência têm particular acuidade nos serviços e orga-

¹⁷⁸ De acordo com o disposto no n.º 8 da Portaria n.º 192/96 a prestação de trabalho necessário em projectos ocupacionais não confere direito a qualquer retribuição complementar, sendo apenas atribuído ao trabalhador ocupado um subsídio complementar até 20% da prestação mensal de desemprego, durante o período de concessão do subsídio de desemprego ou subsídio social de desemprego.

nismos que enquadram o sector público administrativo. Efectivamente, tenho sempre entendido que a formação de vontade em proceder à contratualização, quanto a estas entidades, independentemente da natureza pública ou privada do vínculo jurídico, passa por um procedimento prévio de selecção, por força do disposto no n.º 2 do art. 47.º da Constituição da República Portuguesa. E neste sentido se dirigiu o reparo às entidades atrás mencionadas, chamando, já na altura, a atenção para a necessidade de efectiva fiscalização relativamente às actividades ocupacionais.

2.13. Estando suficiente e expressamente consagrada na lei a arquitectura jurídica da actividade ocupacional, desde a sua conceptualização, âmbito, objectivos a alcançar e os modos e termos do relacionamento jurídico entre os trabalhadores e as entidades promotoras de acordos de actividade ocupacional, incluindo direitos e obrigações de ambas as partes, o legislador entendeu ser necessário determinar, também, as entidades competentes pela fiscalização da adequada implementação do regime jurídico e os moldes em que essa fiscalização deve consubstanciar-se.

2.14. Assim, nos termos do n.º 2/4 da Portaria n.º 192/96, devem as delegações regionais do IEFP proceder “à inventariação das actividades sazonais existentes na sua área e à identificação dos períodos de baixa actividade”. Compete, ainda, àquele instituto, promover acções de sensibilização, prestar informação, orientação e formação profissional para os trabalhadores desempregados. Finalmente, central a todo o regime jurídico aqui em análise, determina o n.º 14 que compete aos centros de emprego acompanhar a implementação dos projectos ocupacionais.

2.15. A acção de acompanhamento e fiscalização da implementação dos projectos ocupacionais é, tal como se salientou, central no âmbito destes programas do mercado social de trabalho, não só porque está em causa a correcta aplicação de investimentos públicos, mas também porque importa combater de uma forma preventiva as distorções que se verifiquem, por parte das entidades promotoras, na execução dos projectos aprovados, e proceder ao acompanhamento dos desempregados na sua inserção no mercado de trabalho. Neste sentido, faço minhas as palavras de um reclamante, que, tendo prestado trabalho no âmbito de um acordo de actividade ocupacional, afirma considerar-se “lesado face às expectativas profissionais criadas pelo dito contrato misto de formação/actividade que, na minha opinião é falacioso, oportunista e constitui claramente uma circunstância de exploração por parte da

entidade empregadora, que o utiliza para ter o mesmo trabalho que extrairia de um técnico superior de 2.^a classe, mas o consegue, desta forma, por metade do preço”.

2.16. É de elementar justiça que tais situações não se verifiquem, sob pena de descrédito do Estado de Direito.

2.17. Na realidade, o que se constata frequentemente é a omissão pura e simples do IEFP quanto ao acompanhamento e fiscalização dos programas ocupacionais junto das entidades beneficiárias, no âmbito das suas competências em matéria de emprego e formação profissional.

2.18. Efectivamente, o consagrado no n.º 15 da Portaria n.º 192/96 relativamente ao incumprimento injustificado ou à verificação de que as actividades ocupacionais estão a ser utilizadas para fins não previstos ou proibidos por lei, parece não representar, para as entidades promotoras, mais do que meras afirmações de princípio sem qualquer conteúdo, particularmente de natureza sancionatória.

2.19. Trata-se de norma confusa, misturando princípios inerentes à fiscalização e à responsabilização das entidades promotoras de actividade ocupacional, que se me afigura conveniente e vantajoso clarificar, quer no que respeita ao âmbito da fiscalização – não se me afigura coerente que o IEFP fiscalize os próprios actos que pratique – quer ao seu objecto – caberá ao IEFP, certamente, algum acompanhamento dos programas ocupacionais em matéria das suas atribuições relativas ao emprego e formação profissional.

2.20. Já no que concerne à eventual responsabilização das entidades promotoras e beneficiárias dos programas ocupacionais, afigura-se-me necessário distinguir as situações de responsabilidade exclusiva das entidades beneficiárias das situações decorrentes da responsabilidade destas e do IEFP.

2.21. Em qualquer caso, a verificação de que as actividades ocupacionais consubstanciam uma ocupação de postos de trabalho ou o exercício de funções correspondentes a um posto de trabalho, que podem ser preenchidos no mercado normal de trabalho ou, ainda, que os trabalhadores estão afectos a fim diverso do acordado por parte das entidades promotoras, implica a suspensão da comparticipação financeira do IEFP, a reposição das verbas já concedidas às entidades em causa, assim como a exclusão das entidades infractoras da promoção de futuros projectos de actividades ocupacionais, para além da responsabilidade contra-ordenacional ou criminal a que houver lugar.

2.22. Devem igualmente ser responsabilizados pessoalmente os funcionários do IEFP que autorizem ou proponham a inserção em actividades ocupacionais de trabalhadores desempregados, nos casos em que se verifique que, efectivamente, a actividade ocupacional corresponde à ocupação de um posto de trabalho ou ao exercício de funções correspondentes a um posto de trabalho.

3. Da necessidade de assegurar o cumprimento dos objectivos específicos dos instrumentos do mercado social de emprego, em especial dos acordos de actividade ocupacional.

3.1. Permita-me Vossa Excelência que saliente, desde já, que o objectivo da presente Recomendação não é colocar em causa a importância das medidas do mercado social de emprego, nomeadamente as actividades ocupacionais. Pelo contrário.

3.2. Em conjunturas sociais e económicas como a que se vive actualmente em Portugal, afigura-se particularmente importante que o Estado desenvolva e implemente instrumentos de combate ao desemprego, cujo aumento conduz a maiores níveis de exclusão e conflitualidade social. O desenvolvimento do mercado social de emprego tem sido uma das formas utilizadas pelo Estado para promover a ocupação socialmente útil e a empregabilidade futura de todos aqueles que se encontram numa situação de desemprego.

3.3. Porém, é também nestas conjunturas que a acção fiscalizadora do Estado, relativamente a programas que visem combater o desemprego e promover a empregabilidade, adquire particular acuidade, tendo em vista a prevenção e a punição de eventuais abusos por parte das entidades, muito frequentemente integradas na própria Administração do Estado, que beneficiam do trabalho temporário de desempregados.

3.4. E afigura-se-me que não basta uma fiscalização adequada. Na realidade, parece-me conveniente proceder à alteração da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio, por forma a estabelecer norma adequada no sentido de responsabilizar pessoal e solidariamente, quanto à reposição das verbas já concedidas, os dirigentes máximos das entidades públicas promotoras de programas

ocupacionais, bem como os que tenham proposto o projecto em causa, para além da responsabilidade contra-ordenacional e criminal que ao caso couber.

3.5. Não se pode perder de vista que as expectativas individuais criadas com a ocupação, ainda que temporária, de um cidadão que se encontre desempregado, são, naturalmente, elevadas. Ora a existência de abusos por parte das entidades beneficiárias, ao celebrar um acordo de actividade ocupacional que se materializa na ocupação efectiva de um posto de trabalho, no qual aquele trabalhador desempenha as mesmas funções que o funcionário que está ao seu lado, apenas com a diferença de este último ter um vínculo laboral, afigura-se-me inaceitável. Tal representa um aproveitamento institucional de situações de vulnerabilidade social, em que se encontram centenas de milhares de desempregados, que cabe ao Estado impedir e punir na pessoa dos dirigentes e de quem propõe a autorização de tais práticas.

4. Assim,

Recomendo

a Vossa Excelência:

- a alteração da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio, visando:
- clarificar o conceito de trabalho necessário para efeitos de programas ocupacionais;
- responsabilizar, pessoal e solidariamente, quanto à reposição das verbas já concedidas, os responsáveis pela autorização de actividades ocupacionais que consubstanciem a ocupação de postos de trabalho;
- responsabilizar as entidades promotoras que, tendo aceite projecto inserido em programas de actividade ocupacional, o desvirtuem por forma a corresponder a uma prestação de trabalho inerente a um posto de trabalho, implicando a exclusão das entidades infractoras da promoção de futuros projectos de actividades ocupacionais, para além da responsabilidade contra-ordenacional e criminal que ao caso couber, incluindo a reposição das verbas atribuídas pelo IEFP aos beneficiários da actividade em causa;
- a definição e a implementação de mecanismos efectivos de fiscalização e acompanhamento, por parte do IEFP, tendo em conta as suas



Recomendações

atribuições, quanto à execução de projectos de actividade ocupacional, sem prejuízo da competência de outros organismos com funções inspectivas.

Aguardo que 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, se digne informar-me sobre a posição que o assunto vier a merecer-lhe.

Acatada parcialmente

Sua Excelência
A Secretária de Estado da Administração Pública

R-109/03
Rec. n.º 6/B/2004
25.03.2004
Assessor: Graça Fonseca

Uma técnica superior de 2.ª classe do quadro de pessoal da Secretaria-Geral do Ministério da Economia, dirigiu-me uma reclamação relativa aos termos em que foi determinada a sua promoção a técnica superior de 1.ª classe, por aplicação do disposto no decreto-lei que regula o Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública (Decreto-Lei n.º 54/2000, de 7 de Abril).

1. Termos da reclamação apresentada

1.1. A reclamante frequentou e concluiu o curso no ano lectivo de 2000-2001. Nos termos do Despacho da Direcção-Geral da Administração Pública n.º 22 197/2001, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 26 de Outubro, ingressou na função pública como técnica superior de 2.ª classe, com efeitos a 13 de Outubro de 2001, tendo ficado afecta ao quadro transitório, para o efeito criado junto da DGAP.

1.2. Pelo Despacho Conjunto n.º 525/2002, publicado na 2.ª série do Diário da República de 18 de Junho, foi a reclamante integrada no quadro de



pessoal da Secretaria-Geral do Ministério da Economia, como técnica superior de 2.^a de classe, com efeitos a 25 de Fevereiro de 2002.

1.3. Em 13 de Outubro de 2002, a reclamante subscreve um pedido solicitando, nos termos do n.º 1 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 54/2000, de 7 de Abril, a promoção à categoria de técnico superior de 1.^a classe. Entendeu a Secretaria-Geral do Ministério da Economia que a promoção da reclamante terá efeitos reportados a 25 de Fevereiro de 2003, data em que completa um ano de serviço efectivo naquele organismo, e não a 13 de Outubro de 2002, data em que completa um ano de ingresso na função pública, através da integração no quadro transitório da DGAP.

1.4. Invocou a Secretaria-Geral do Ministério da Economia uma informação da Direcção-Geral da Administração Pública, de 29 de Novembro de 2002, na qual se transmite a “orientação fixada por esta Direcção-Geral e sancionada por Despacho de Sua Excelência a Secretária de Estado da Administração Pública, tendente à aplicação uniforme do regime em apreço”. Assim, entendeu a Direcção-Geral da Administração Pública que “estando a promoção automática prevista naquela norma condicionada à atribuição de uma classificação de serviço e pressupondo esta o efectivo exercício de funções, a contagem do ano legalmente prescrito para a promoção inicia-se necessariamente com a colocação em actividade no serviço integrador (...). No que concerne à atribuição da classificação de serviço, não estabelecendo o Decreto-Lei n.º 54/2000 qualquer ressalva, são de observar as regras gerais constantes do Decreto Regulamentar n.º 44-B/83, de 1 de Junho”. Entendeu, ainda, esta Direcção-Geral que nas situações em que o momento da classificação de serviço não coincidir com o momento em que se completa um ano de serviço, deve a promoção ter efeitos à data em que se completa um ano, obtida que seja a classificação de muito bom.

2. Instrução da queixa na Provedoria de Justiça

2.1. No âmbito da instrução da reclamação, foram solicitados esclarecimentos à Direcção-Geral da Administração Pública, chamando, já nesse momento, a atenção para dois aspectos que me parecem centrais na interpretação que a Administração deve atribuir ao sistema consagrado no Decreto-Lei n.º 54/2000.

2.2. Primeiro, nada na lei impõe que a contagem de um ano, para efeitos de promoção, se inicie com o ingresso no serviço integrador, pelo contrário. O n.º 1 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 54/2000 apenas aponta duas condições à promoção: um ano, nada dizendo sobre o momento em que se inicia e, portanto, admitindo a interpretação de que, para todos os efeitos, se conta a partir do momento do ingresso na função pública; classificação de serviço de muito bom.

2.3. Segundo, a partir do momento em que os alunos do Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública ingressam no quadro transitório da DGAP são, para todos os efeitos, qualificados como funcionários públicos, ficando sujeitos às regras vigentes para o funcionalismo público, incluindo, naturalmente, aquelas que regulam a classificação de serviço. Ora, o Decreto Regulamentar n.º 44-B/83, de 1 de Junho, consagra, no seu art. 15.º, a possibilidade de os interessados solicitarem a classificação de serviço extraordinária, quando, durante o ano em que é atribuída a classificação e até 30 de Junho, venham a reunir o requisito de 6 meses de contacto funcional com os notadores competentes.

2.4. Foi, ainda, salientado o facto de diversos serviços que integraram graduados do curso do INA, que terminaram o curso na mesma data que a reclamante, interpretaram a norma em causa no sentido de a promoção produzir efeitos à data da nomeação no quadro provisório da DGAP (entre outros, ver Despacho n.º 22 791/2002, publicado no D.R, 2.ª série, de 24 de Outubro; Despacho n.º 23 897/2002, publicado no D.R, 2.ª série, de 9 de Novembro; Despacho n.º 24 822/2002, publicado no D.R, 2.ª série, de 21 de Novembro de 2002; Despacho n.º 24 266/2002, publicado em D.R, 2.ª série de, 14 de Novembro de 2002; Despacho n.º 12 460/2002, publicado em D.R, 2.ª série, de 23 de Novembro de 2002; Despachos n.ºs 25 150/2002 e 25 151/2002, publicados em D.R, 2.ª série, de 26 de Novembro de 2002).

2.5. A coberto do ofício de 21 de Maio de 2003, veio a Direcção-Geral da Administração Pública informar do seu entendimento sobre a matéria em análise.

2.6. Assim, entende a Direcção-Geral da Administração Pública que “o Decreto-Lei n.º 54/2000, de 7 de Abril, prevê uma regra de promoção automática à categoria de técnico superior de 1.ª classe, promoção essa sujeita a dois requisitos: um ano (omitindo o início da contagem do mesmo) e a existência de uma classificação de serviço de Muito Bom”. Este regime consagra,

portanto, uma excepção ao regime geral da promoção que, “nos termos do art. 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, faz depender a promoção a categoria superior da prestação de serviço na categoria imediatamente inferior durante o tempo e com a classificação de serviço legalmente previstos”. Porém, segundo a DGAP, o regime de excepção em causa traduz-se apenas na redução do tempo de serviço legalmente prescrito e não na natureza daquele mesmo tempo, isto é pressupõe uma “prestação efectiva de serviço”.

2.7. Por outro lado, concorda a DGAP que um funcionário abrangido pelo regime do Decreto-Lei n.º 54/2000 pode ser objecto de uma classificação de serviço extraordinária. Porém, tal “apenas releva na medida em que viabiliza a obtenção de uma classificação de serviço, a ser levada em conta no momento em que o funcionário perfaça um ano de serviço efectivo, para efeitos da promoção constante no n.º 1 do art. 5.º do citado Decreto-Lei”.

2.8. Concluída a instrução do presente processo, cumpre adoptar uma posição final sobre a matéria em análise.

3. Análise da matéria objecto de reclamação

3.1. A questão em análise neste processo é a de saber se o período de um ano, previsto no n.º 1 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 54/2000, de 7 de Abril, para efeitos de promoção à categoria de técnico superior de 1.ª classe, se refere ao momento do ingresso na função pública, através da afectação ao quadro transitório da DGAP, ou ao momento em que, os que assim ingressaram na função pública, transitam do quadro da DGAP para os quadros dos serviços integradores.

3.2. Entende a DGAP, como já referido, que o tempo para essa “promoção automática”, na medida em que depende de uma classificação de serviço e pressupondo esta o exercício efectivo de funções, conta-se a partir da data da colocação em actividade no serviço integrador.

3.3. Afigura-se-me que, sob diversas perspectivas, esta interpretação não será a mais adequada.

3.4. A norma em causa consagra que “os alunos não vinculados à função pública que concluem o CEAGP com aproveitamento adquirem a qualidade de funcionários com a categoria de técnico superior de 2.ª classe, sendo promovidos à categoria de técnico superior de 1.ª classe ao fim de um ano, desde que tenham a classificação de serviço de Muito Bom”.

3.5. Nada nesta norma nos indica que um ano se conta a partir do momento da integração, pelo contrário, parece apontar noutro sentido. Assim, a um nível estritamente literal, o que a norma nos diz é qual o momento em que é adquirida a qualidade de funcionário público e qual o tempo para a promoção: um ano. Da leitura do preceito parece poder retirar-se, com alguma segurança, que “um ano” está relacionado com o momento em que se adquire a qualidade de funcionário público, e não com a obtenção da classificação de serviço. O que o legislador aqui pretende estabelecer é, tal como o fez ao nível das regras gerais sobre carreiras na função pública, que um funcionário que cumpra um ano desde a sua nomeação não poderá ser promovido se tiver uma classificação de serviço inferior a muito bom.

3.6. Assim, entre as duas interpretações aqui em confronto, relativamente ao momento a partir do qual se começa a contar o período de um ano para efeitos de promoção, parece-me que aquela que melhor se conforma aos princípios consagrados na Constituição é a que vai no sentido de considerar que esse tempo começa a partir da data da aquisição da qualidade de funcionário público.

3.7. Desde logo, aquela interpretação parece ser, entre as duas, a única que garante, com alguma segurança, a realização do princípio da igualdade. O princípio da igualdade exige que a Administração aplique regimes iguais a situações iguais e regimes diferentes a situações de facto diferentes. Abrange, portanto, a proibição do arbítrio e da discriminação, assente em categorias subjectivas e constitucionalmente não relevantes.

3.8. Ora, considerando que, nos termos do n.º 2 e do n.º 3 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 54/2000, cabe à Direcção-Geral da Administração Pública criar um quadro transitório para ingresso dos alunos que concluíram o curso com aproveitamento, admitidos à função pública como técnicos superiores de 2.ª, e que compete ao respectivo director-geral proceder à primeira colocação desses funcionários nos quadros dos serviços interessados, a interpretação mais conforme ao princípio da igualdade é aquela que faz depender a efectivação do direito à promoção, verificado que esteja o requisito da classificação de serviço, de um momento fixado igualmente para todos, e não de um momento que pode variar com grande amplitude, variação essa imputável à Administração e não aos interessados.

3.9. E esta interpretação não pode, nem deve, ser afastada recorrendo ao argumento da “prestação de serviço efectivo”. Assim, alega a DGAP que

“o actual regime de carreiras assenta num princípio de racionalidade que faz depender a promoção, para além da permanência de um determinado tempo na categoria, da avaliação do desempenho das funções. E essa avaliação de desempenho profissional pressupõe, indubitavelmente, uma prestação efectiva de serviço”. Ora, daqui parece poder concluir-se que, segundo o entendimento da DGAP, durante o tempo em que estes técnicos superiores de 2.^a classe se mantiverem no quadro transitório não prestam serviço efectivo. Porém, nada na lei impede a prestação de serviço efectivo durante esse período.

3.10. Pelo contrário, o mesmo princípio de racionalidade invocado pela DGAP impõe que, no decurso desse tempo, de duração variável, os funcionários públicos em questão prestem serviço efectivo no âmbito do quadro transitório a que estão afectos. É que, a não admitir-se esta hipótese, estaríamos perante uma situação de irracionalidade na gestão de recursos humanos e financeiros da Administração Pública, pois o Estado estaria a remunerar técnicos superiores de 2.^a classe para estes não prestarem serviço efectivo. A configurar-se semelhante situação, a Administração estaria a incorrer na violação do princípio da ocupação efectiva.

3.11. Assim, admitir que o tempo de serviço prestado no âmbito do quadro transitório da DGAP não é susceptível de classificação é entender que o funcionário público não se encontra ocupado, o que me parece insustentável.

3.12. Finalmente, é de salientar que o argumento invocado pela DGAP de que “o facto de o funcionário poder ser objecto de classificação de serviço extraordinária apenas releva na medida em que viabiliza a obtenção de uma classificação a ser levada em conta no momento em que o funcionário perfaça um ano de serviço efectivo, para efeitos da promoção a técnico superior de 1.^a” não encontra qualquer suporte legal não podendo, portanto, fundamentar uma interpretação normativa.

3.13. Face ao exposto,

Recomendo

a V. Ex.^ª:

que à luz do princípio da igualdade e na prossecução de um objectivo de racionalidade na gestão dos recursos humanos e financeiros do Estado, se digne ponderar a adopção de uma interpretação da norma contida no n.º 1 do



Recomendações

art. 5.º do Decreto-Lei n.º 54/2000, de 7 de Abril, que aponte no sentido de o período de um ano para a promoção se contar a partir da data do ingresso na função pública e adopte as medidas necessárias a que, durante o período em que estiverem afectos ao quadro transitório da DGAP, estes funcionários públicos estejam, efectivamente, a prestar serviço ao Estado.

Queira V. Ex.^a, 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-4945/00

Assunto: Guarda Nacional Republicana. Qualidade de militar ou de agente militarizado. Duração do tempo de trabalho. Dever de disponibilidade. Direito ao descanso e ao lazer.

Objecto: Determinação de limites à duração do trabalho semanal. Fixação de horário. Compensação da prestação de trabalho para além do horário.

Decisão: Determinando o Ministro da Administração Interna, de acordo com o sugerido pelo Provedor de Justiça, que fosse elaborada proposta de despacho a fixar o horário de referência e proposta das medidas necessárias para a adequação do regime estatutário e remuneratório à fixação desse horário, foi o processo arquivado.

Síntese:

1. A Associação dos Profissionais da Guarda, insurgindo-se contra as adversas condições de trabalho dos agentes da Guarda Nacional Republicana (GNR), bem como contra o quadro restrito de direitos alegadamente decorrente da qualidade de militar que lhes era reconhecida, veio apelar à intervenção do Provedor de Justiça junto do Governo, com o objectivo fundamental de que a actividade dos mesmos se desenvolvesse de acordo com um horário de trabalho definido que garantisse a efectivação do direito ao descanso e ao lazer.

2. Depois de, em sede instrutória, ter sido ouvido o Comando-Geral da GNR e recebida em audiência a mesma associação, verificou-se que, na verdade, estes agentes estavam sujeitos a excessiva carga horária nas missões operacionais, o que, como foi reconhecido, se podia reflectir na eficiência e eficácia das mesmas. Em todo o caso, esta era uma questão para a qual vinham já a ser equacionadas soluções, tanto que, de acordo com os dados transmitidos,



a média de duração do trabalho teria já descido para as 45/47 horas semanais, no ano 2000, registando-se portanto uma melhoria em relação a anos anteriores, designadamente ao de 1996.

3. Considerou-se então, no essencial, que a existência de limites à duração do trabalho era um princípio básico de gestão dos recursos humanos de qualquer organização e que a duração de trabalho no âmbito da GNR não seria sequer de equacionar no quadro da qualidade militar, ou, para alguns, de agente militarizado, dos seus elementos. E isto porque essa qualidade, à luz do artigo 270.º da Constituição da República Portuguesa e do novo Regulamento Disciplinar da GNR, aprovado pela Lei n.º 145/99, de 1 de Setembro, apenas justificava as restrições de direitos constitucionalmente impostas, nas quais não se englobava a duração de trabalho que, não sendo matéria disciplinar, teria que encontrar a sua fundamentação em regras próprias da função pública.

4. Assim, o Provedor de Justiça entendeu dirigir-se ao Ministro da Administração Interna, salientando que se afigurava nada impedir que “para efeitos de uma adequada gestão dos respectivos efectivos, se providenciasse no sentido da fixação, a título experimental e interno da GNR, de uma duração semanal máxima de trabalho, sem prejuízo de, atento o regime de disponibilidade permanente, inerente a esta força de segurança, ser prestado trabalho com uma duração semanal superior, devendo, no entanto, a compensação do trabalho prestado a mais do que o limite ser efectuada ao longo do ano, de acordo com regras a estabelecer.”

E, admitindo que pudesse ser precipitada a fixação da duração de trabalho por via legislativa, propôs que, para já, fossem estudados “modelos viáveis de fixação de duração de trabalho na GNR – de preferência consultando e discutindo com as associações representativas dos profissionais da GNR –, os quais, depois e a título experimental, seriam testados na prática”, metodologia esta que “poderia abrir a porta a uma posterior e adequada regulamentação geral da matéria”.

5. O Ministro da Administração Interna veio comunicar que, em resposta à sugestão formulada, solicitara ao comandante-geral a apresentação de uma avaliação, e de propostas de solução, a esta importante matéria, o que veio a ser feito num estudo, explicitando a situação na GNR, em comparação com a situação na Polícia de Segurança Pública e nas forças estrangeiras congéneres.

Ali se sustentou que a carga horária suportada pelos militares afectos à actividade operacional era, com efeito, excessiva, e que “a solução deveria passar pela fixação por despacho de Sua Excelência o Ministro da Administração Interna, de um horário de referência”, na esteira, aliás, do preconizado pelo Ex.^{mo}. Provedor de Justiça.” E, a final, propôs-se a fixação, por despacho ministerial, de um “horário mensal de referência (horário mensal de modo a permitir uma melhor gestão e flexibilização dos recursos existentes)”, muito embora, o mesmo não pudesse ser inferior a 160 horas mensais (40 horas semanais), “(...) face à dispersão territorial que caracteriza a Guarda, aliada à conhecida carência de recursos humanos e técnicos (...)”, sublinhando-se ainda que a fixação de um horário de referência acarretaria a “necessidade de, simultaneamente, serem previstas formas de compensar situações de prestação de serviço, para além do limite de tal horário” a que os militares da Guarda não poderão recusar-se.

O Ministro da Administração Interna comunicou ainda que, em face desse estudo, e reconhecendo embora a complexidade da solução, até porque teria repercussões sobre o regime estatutário e remuneratório, determinara já ao Comando-Geral da Guarda Nacional Republicana a elaboração de propostas concretas de despacho, fixando o horário de referência, e das medidas para a necessária adequação desse regime.

6. Em face desta decisão, considerou-se ter sido atingido o objectivo das diligências efectuadas no âmbito deste processo e, como tal, foi determinado o respectivo arquivamento.

R-2434/03

Assessor: J. Castelo Branco

Assunto: Gozo de férias antes da aposentação. Imposição da Administração. Legalidade.

Objecto: Apreciação de uma norma sobre a marcação e alteração do mapa de férias, constante de um despacho interno emitido no âmbito de um serviço.

Decisão: Arquivamento do processo, após acatamento pela Administração do entendimento defendido pela Provedoria de Justiça.

Síntese:

Um funcionário da Direcção Regional de Agricultura do Algarve (DRAALG) requereu a intervenção da Provedoria de Justiça por considerar ilegal uma determinação inserta num despacho interno com o objecto acima indicado, nos termos da qual *“Os funcionários que requeiram a aposentação, devem gozar a totalidade do período de férias antes ou imediatamente a seguir à data de entrada do requerimento na DRAALG”*.

Interpelado o serviço, veio a obter-se uma resposta em que, quanto ao ponto questionado, se informa nos seguintes termos:

“A alegada imposição prevista no ponto 10. do Despacho Interno (...) visa apenas e somente fixar o momento a partir do qual o funcionário que requeira aposentação deverá exercer o seu direito ao gozo das férias com vista a assegurar o normal funcionamento dos serviços, evitando nomeadamente:

- a) Exceder os 22 dias úteis e/ou substituição do gozo de férias por uma qualquer compensação económica, salvo nos casos expressamente previstos na lei”*.

Não havendo qualquer outra alínea, nem outras explicações quanto ao ponto em dúvida, foi transmitido à DRAALG a posição seguinte:

Quanto à *imposição constante do ponto n.º 10 do Despacho (...)* nenhuma explicação se retira da comunicação efectuada, uma vez que o seu conteúdo é, ou meramente conclusivo, ou incompreensível, como sucede quando se pretende justificar a medida como meio de evitar que sejam excedidos “os 22 dias úteis (...)”.

Quanto ao desejo de evitar a *“substituição do gozo de férias por uma qualquer compensação económica (...)”*, cumpre referir que um dos casos expressamente previstos na lei é, exactamente, o da cessação definitiva de funções, nos termos do artigo 16.º do DL n.º 100/99, de 31 de Março.

O texto do despacho interno, no ponto controvertido, é uma efectiva imposição e não uma *“alegada imposição”*, já que os actos administrativos valem com o sentido que um destinatário normal possa apreender e o teor literal do número 10. não deixa margem para dúvidas, até pelo uso do verbo (*“devem”*).

A ilegalidade do despacho, no ponto em crise, afigura-se manifesta, não só por violação de lei (*in casu*, os números 3, 4 e 5 do artigo 5.º, bem como o artigo 6.º do mesmo diploma legal (DL n.º 100/99, de 31 de Março), como, ainda, por ferir o disposto no número 124.º, número 1, alínea *a*) do CPA, uma vez que tal acto, fortemente lesivo e restritivo de um direito assegurado por lei, deveria ter sido cabalmente fundamentado.

Essa exigência, aliás, mesmo no estrito âmbito do diploma em causa – DL n.º 100/99, de 31 de Março – deveria ser objecto de fundamentação adequada, com o mesmo título pelo qual a lei a exige, por exemplo, no caso dos números 5. e 6. do seu artigo 10.º.

O processo veio a ser arquivado, uma vez que o serviço informou este órgão do Estado de que reformulara o despacho interno referido, substituindo-o por outro em que a determinação controvertida foi eliminada.

R-3232/03

Assessor: Graça Fonseca

Assunto: Remuneração de chefias tributárias. Fundo de Estabilização Tributária (FET).

Objecto: Índice de remuneração a atribuir a inspector tributário a exercer funções de adjunto de chefe de finanças de nível 1 e cálculo do montante do suplemento FET.

Decisão: Reclamação arquivada nos termos das alíneas *b*) e *c*) do art. 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça, considerando que a entidade visada reconheceu que as pretensões do reclamante eram parcialmente procedentes.

Síntese:

Um inspector tributário, nível 2, a exercer funções de adjunto de chefe de finanças de nível 1, apresentou uma reclamação relativa ao índice de remuneração que lhe havia sido fixado e ao montante do suplemento FET. Da instrução do processo, concluiu-se que o reclamante havia sido nomeado adjunto

de chefe de finanças nos termos do n.º 4 do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro, e que, à data da nomeação detinha a categoria de inspector tributário de nível 2, estando posicionado no índice 720, escalão 3 do quadro anexo ao citado Decreto-Lei.

Após a sua nomeação, o reclamante solicitou ser abonado nas funções de adjunto de chefe de finanças pelo mesmo índice que detinha nas funções anteriormente exercidas e, ainda, que fosse concedido o disposto no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 187/90, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 47/97. Por Despacho do Subdirector-Geral dos Impostos de 28.09.2001, foi determinado que o reclamante devia ser remunerado pelo índice que detém na carreira de origem (720) e para efeitos de cálculo do montante do suplemento FET deve ser considerado o índice do 1.º escalão da escala salarial da referida carreira.

Face ao teor do despacho, o reclamante argumentou que, nos termos do n.º 1 e n.º 2 do art. 45.º em conjugação com a alínea *b*) do n.º 1 e o n.º 2 do art. 44.º do Decreto-Lei n.º 557/99 e consagrado no art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, deveria ter sido posicionado no escalão 755 desde a posse nas novas funções. Por outro lado, reclamou do montante do abono do FET, cujo montante estava a ser calculado com base no índice do 1.º escalão da escala salarial da carreira de origem e não pela percentagem atribuída às chefias.

No âmbito da instrução do processo, foram solicitados esclarecimentos à entidade visada. A Direcção-Geral dos Impostos informou que, em seu entendimento, não assistia razão ao reclamante relativamente ao índice de remuneração, pois a pretensão deste baseava-se no entendimento de que o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 187/90, de 7 de Junho, com a redacção que lhe foi dada pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro, se encontrava em vigor. Porém, a citada legislação foi revogada com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro. No que respeita à questão do montante do abono do FET, veio a entidade visada reconhecer que se verificaram alguns desacertos no índice que serviu de base ao cálculo do Fundo de Estabilização Tributária aplicada ao reclamante, informando que a situação iria ser corrigida.

Da análise aos factos descritos e ao respectivo enquadramento jurídico, concluiu-se pelo arquivamento do processo. Assim, relativamente à questão da vigência do Decreto-Lei n.º 187/90, de 7 de Junho, há que entender

que, por aplicação do disposto no art. 7.º do Código Civil, o mesmo foi revogado com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro. Este diploma veio regular toda a matéria do diploma anterior, isto é, o Estatuto de Pessoal e Regime de Carreiras dos Funcionários da Administração Tributária.

No capítulo VIII do diploma vigente estão consagradas as normas relativas às remunerações do pessoal de chefia tributária e do pessoal do GAT. Assim, o art. 44.º regula a matéria da promoção e da progressão na carreira do GAT e o art. 45.º regula a integração nas escalas salariais dos funcionários que tenham sido nomeados para cargos de chefias. As questões colocadas na reclamação apresentada podem ser reconduzidas à aplicação do n.º 1 do art. 45.º. Na realidade, o que aqui estava em causa era a determinação do índice salarial, a aplicar ao reclamante a partir do momento em que foi nomeado adjunto de chefe de finanças. E, sobre esta matéria, consagra o citado n.º 1 do art. 45.º que os funcionários nomeados para cargos de chefia tributária integram-se na escala indiciária própria dos referidos cargos, em escalão idêntico ao que possuem na escala indiciária de origem.

Assim, considerando que na categoria de origem o reclamante estava a ser remunerado pelo escalão 720, superior ao escalão/índice correspondente ao de chefe adjunto de finanças nível 1 (680), afigura-se correcta, à face da lei vigente, a decisão da Administração em integrá-lo, aquando da nomeação para cargo de chefia tributária, no mesmo escalão que detinha na escala indiciária da categoria de origem. Quanto à questão do montante do FET que estava a ser processado, a Administração vem reconhecer que, no período em que tenha exercido funções de adjunto de chefe de finanças de nível 1, o montante de FET a atribuir ao reclamante tinha de ser calculado mediante a aplicação da percentagem correspondente sobre o 1.º escalão da escala salarial de adjunto de chefe finanças de nível 1.

R-146/04

Assessor: Maria Namorado

Assunto: Associação de Bombeiros Voluntários de Ponte de Lima. Bombeiro. Limite de idade. Acesso a documentos administrativos.

Objecto: Recusa de emissão de certidão/cópia de documentos administrativos.
Decisão: Arquivamento do processo face à resposta da entidade visada no sentido de acatamento da posição da Provedoria de Justiça. Reabertura posterior do processo por solicitação do reclamante.

Síntese:

A Associação de Bombeiros Voluntários de Ponte de Lima recusou a emissão de documentos administrativos – concretamente, relatórios de incêndios ocorridos no concelho de Ponte de Lima.

Através da intervenção da Provedoria de Justiça junto da entidade visada e da apreensão do entendimento expresso por este órgão do Estado sobre a norma legal aplicável no que concerne ao requerimento de documentos administrativos, foram entregues ao reclamante cópias dos relatórios objecto de requerimento.

Atendendo às garantias dadas no sentido da reparação da situação ilegal reclamada com a consequente entrega de documentos, foi determinado o arquivamento do processo.

Posteriormente, foi o mesmo reaberto, atendendo a que a Associação não enviou todos os documentos requeridos e necessários.

R-653/04

Assessor: J. Castelo Branco

Assunto: Aplicação da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, com as revisões subsequentes introduzidas pela Lei n.º 142/99, de 31 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio.

Objecto: Apoio a descendente maior, deficiente. Lei da maternidade e paternidade. Protecção de direitos fundamentais. Quadro normativo existente para a função pública (duração e horário de trabalho, *ut* Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de Agosto). Situação anteriormente subjectivada. Aplicação da lei no tempo.

Decisão: Arquivamento do processo, após acatamento pela Administração do entendimento defendido pela Provedoria de Justiça, quanto à questão suscitada.

Síntese:

Uma funcionária do Centro Hospitalar do Alto Minho (CHAM), S.A., solicitou a intervenção deste órgão do Estado, relativamente a uma situação que, em resumo, se configura nos seguintes termos:

- a) Segundo alegação da interessada, ter-lhe-á sido dito que, em virtude da entrada em vigor da Lei n.º 142/99, de 31 de Agosto, não reunia as condições para continuar a usufruir da redução de 5 horas (que lhe havia sido concedida para assistência a uma filha deficiente) e deveria, portanto, passar a cumprir a carga horária semanal de 35 horas;
- b) Assim sendo, e convencida de que uma hora a mais de trabalho, por dia, pouco interferiria no seu dia a dia, passou a fazer o horário completo, constatando, todavia, ser impossível compatibilizar a permanência no local de trabalho e o rigoroso horário de toma dos medicamentos por parte de sua filha deficiente e de quem a expoente é o único apoio;
- c) A interessada beneficiava, antes da comunicação que lhe terá sido feita, como acima já referido, de uma redução de cinco horas, ao abrigo do artigo 13.º-A da Lei n.º 4/84, de 05 de Abril, aditado pela Lei n.º 17/95, de 9 de Junho, que, originariamente, tinha a redacção seguinte:

“Artigo 13.º-A

Faltas para assistência a deficientes

*O disposto no artigo anterior aplica-se, independentemente da idade, a deficientes que sejam filhos, adoptados ou filhos do cônjuge que com este residam e que se encontrem em alguma das situações previstas no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 170/80, de 29 de Maio, ou nas alíneas l), n) e o) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 54/92, de 11 de Abril”.*¹⁷⁹

¹⁷⁹ Diplomas estes, hoje revogados e substituídos por normas actualizadas, que, todavia, na parte que interessa, possuem idêntico conteúdo dispositivo.

- d) A exponente termina o seu requerimento afirmando que, com a informação que lhe foi disponibilizada nas tentativas de solucionar o problema que se lhe colocou, “a sua única alternativa residiria no recurso ao tempo “trabalho em tempo parcial e horário flexível”, que ainda não está regulamentado”.

Analisada a situação exposta, comunicou-se ao CHAM o seguinte:

A introdução de alterações e as republicações da Lei n.º 4/84, conduziram ao actual artigo 19.º que menciona, no número 1. e a propósito dos filhos menores, o direito a trabalhar em horário reduzido, ou flexível, *em condições a regulamentar*, regulamentação esta que nunca foi feita, sabendo-se, por outro lado, que apenas o será como regulamentação do Código de Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto (cfr. artigos 3.º-1 e 2, 5.º, 8.º-1, segmento final e artigo 21.º-2, alínea *d*), todos da referida Lei n.º 99/2003, e artigos 45.º e 52.º do Código de Trabalho aprovado).

É duvidoso, porém, que a situação prevista no número 2 do mesmo artigo, tenha necessidade dessa regulamentação.

Por força do artigo 21.º-1, citado, em conjugação com o n.º 2 do artigo 3.º, ambos da lei de aprovação, mantém-se em vigor a Lei n.º 4/84, de 05 de Abril, com a numeração e redacção constantes do Decreto-Lei n.º 70/2000, de 04 de Maio e, conseqüentemente, o seu artigo 19.º que, a nosso ver, abrange a situação e permite resolver o problema da funcionária acima indicada.

Efectivamente, e sem prejuízo do que vier a ser regulamentado relativamente ao Código do Trabalho, não pode esquecer-se a existência, relativamente à Administração Pública e seus funcionários e agentes de normas directamente aplicáveis e constantes do Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de Agosto, em que se evidencia ¹⁸⁰ a possibilidade de aplicação de certos regimes aos casos de descendentes com deficiência, como é, nomeadamente, o caso do artigo 11.º-3, alínea *c*).

Ora, este diploma legal concede uma ampla possibilidade gestionária, na fixação de horários e regimes, aos dirigentes máximos dos serviços, como decorre dos artigos 5.º, 6.º e 15.º e seguintes.

¹⁸⁰ Por previsão directa das situações, quer quanto ao funcionário deficiente, quer quanto a ascendentes e descendentes, e quanto a menores, ou não.

E se uma determinada flexibilidade permite resolver o problema que se coloca à interessada e lhe permite assistir adequadamente a sua filha, não se vê razão para não recorrer às possibilidades gestionárias amplamente fornecidas por lei própria, *maxime*, em face de situações como a que se perfila no presente caso.

Aliás, decorre da exposição enviada, que a queixosa teria sido, anteriormente, autorizada a praticar um horário com características adaptadas à situação a que se destinava (e continua a destinar-se) adaptação essa que se traduzia numa *redução de 5 horas*.

Assim, mal se compreende, em face da legislação aplicável, que tenha sido dito à funcionária que, *em virtude da entrada em vigor da Lei n.º 142/99, de 31 de Agosto, não reunia as condições para continuar a usufruir da redução de 5 horas, devendo, em consequência passar a cumprir a carga horária semanal de 35 horas*.

Isto porque – e mesmo que fosse essa a hipótese configurada,¹⁸¹ – para além das regras de aplicação da lei no tempo previstas no Código Civil, e acolhidas, no que ao caso importa, pela ressalva da parte final do número 1. do artigo 8.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto¹⁸² –, essa autorização estava subjectivada na esfera jurídica da funcionária e não poderia ser destruída por lei posterior, salvo referência expressa ou aplicação retroactiva claramente assumida.

Tendo sido aceite a posição veiculada ao CHAM e solucionada a situação da funcionária, foi arquivado o processo.

¹⁸¹ O que, como se disse, não se tem por aceitável, nomeadamente face à regulamentação do DECRETO-LEI n.º 259/98, de 18 de Agosto.

¹⁸² Na verdade, a autorização que lhe havia sido concedida estava sanada, mesmo que se admita, por mera hipótese e só a este título, que fosse anulável; por outro lado é manifesto que se trata de um “facto ou situação cujas condições de validade e efeitos foram totalmente passados anteriormente àquele momento” (entrada em vigor do Código do Trabalho).

2.4.4. Pareceres

P-26/02

Assessor: Fátima Almeida

Entidade visada: Secretária de Estado da Administração Pública

Assunto: Aplicação e execução do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro – Estruturação e enquadramento indiciário das carreiras de regime geral da Administração Pública – Sistema retributivo da função pública – Inversão de posições relativas – Salvaguarda das expectativas de evolução na carreira – Omissão do dever de regulamentar.

1. Ao longo dos últimos anos tem a Provedoria de Justiça sido confrontada com plúrimas e frequentes reclamações, deduzidas quer pelos próprios interessados, quer por organizações representativas dos respectivos interesses, tendo por objecto alegadas anomalias emergentes da aplicação das normas dinâmicas e/ou transitórias de diversos instrumentos de índole legislativa que no âmbito do actual sistema retributivo e de carreiras da função pública definem a estrutura e desenvolvimento remuneratório das carreiras e categorias de regime geral e de alguns corpos especiais, com especial incidência na normação contida no Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro.

2. A problemática objecto da presente iniciativa, que, na verdade, se desdobra num feixe de problemas de alcance transversal ou sectorial, é sobejamente conhecida das anteriores equipas governamentais, tendo motivado, ao longo do tempo, vasta e abundante troca de correspondência entre este órgão do Estado e diversos departamentos ministeriais, tomando por referência a análise das situações específicas que me foram submetidas e, em alguns casos, a posição já assumida em processos antecedentes similares. Prende-se a mesma, *grosso modo*, com a percepção das múltiplas situações de injustiça relativa, ou mesmo de desigualdade de tratamento, progressivamente produ-



zidas pelo ordenamento jurídico em matéria de estruturação de carreiras e regime retributivo da função pública e invariavelmente ocasionadas pela inversão ou igualização das posições remuneratórias relativas detidas por determinados funcionários e agentes da Administração Pública, por reporte à evolução da situação salarial de outros colegas com a mesma ou inferior categoria, quer ainda por força da inexecução regulamentar ou administrativa de que padecem alguns dispositivos do já citado Decreto-Lei n.º 404-A/98.

3. A propósito dos problemas suscitados com a aplicação concreta das normas deste último diploma, e em resposta a auscultação dos serviços da Provedoria de Justiça, dignou-se a anterior Secretária de Estado da Administração Pública expressar-me a intenção do XV Governo Constitucional de não promover qualquer medida legislativa ou administrativa tendente a resolver as situações de desequilíbrio ou desajustamento remuneratório referenciadas e assumidamente reconhecidas por aquele membro do Governo, na convicção de que a dinâmica do próprio sistema retributivo e de carreiras vigente favoreceria a estabilização/consolidação do processo de aplicação do sobredito diploma legal.

3.1. Outrossim, apontou a mesma responsável governamental para a eventual ineficácia da adopção de providências correctivas estritamente assentes em soluções parcelares e fragmentadas que apenas incidissem no ajustamento da estrutura indiciária de determinadas categorias funcionais, ou ainda na fixação de novas regras transitórias, considerando que tais opções seriam sempre fundadas em situações comparáveis incompletas e aleatórias, como tal, susceptíveis de conduzir a distorções e desigualdades acrescidas no ordenamento de carreiras por referência a outras situações envolvidas e ainda por conhecer. Concluía, pois, a antecessora de V. Ex.^a, que medidas desta natureza não permitiriam assegurar a resolução completa e satisfatória dos desequilíbrios do sistema retributivo e poriam em causa o paradigma da correspondência entre a posição remuneratória alcançada por cada funcionário e o respectivo percurso profissional individual.

4. Conquanto reconheça alguma acuidade à argumentação aduzida por aquele membro do Governo, tendo presente que a complexidade e a diversidade do universo funcional da Administração Pública dificulta o conhecimento pormenorizado de todas as situações relativas dele emergentes, para além, naturalmente, da invocada condicionante de política governativa ligada à contenção da despesa orçamental, encontro, ainda assim, razões ponderosas

para crer, Senhora Secretária de Estado, que a manutenção, sem mais, do actual *status* normativo em matéria de carreiras e remunerações da função pública não é compatível com alguns princípios estruturantes da ordem jurídica, como também considero tal opção política manifestamente desajustada face à imperiosa necessidade de salvaguardar o equilíbrio, a coerência interna e a própria estabilidade do sistema retributivo e de carreiras em face dos efeitos remuneratórios pelo mesmo gerados.

5. A este respeito e tendo em conta as conclusões da análise integrada realizada no âmbito destes Serviços, não posso deixar de aproveitar a oportunidade para transmitir a V. Ex.^a, Senhora Secretária de Estado, algumas preocupações que a problemática abordada suscitou, assim como os motivos jurídicos que me levam a considerar a necessidade de ser promovida uma reavaliação alargada, ou mesmo, o aperfeiçoamento do sistema retributivo da função pública vigente, à luz da apreciação angariada ao longo do tempo pela intervenção deste órgão do Estado.

I – Enquadramento jurídico

6. Em primeiro lugar, permita-me V. Ex.^a atentar que a génese e a dimensão das diferentes dificuldades suscitadas neste domínio não se esgotam, como se sugeriu atrás, na aplicação do invocado Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, diploma que procedeu à mais recente revisão do regime geral de carreiras da Administração Pública. Antes deriva, de forma concorrencial e por influência da matriz de regime geral, das sucessivas modificações que vêm pontuando o ordenamento de carreiras e naturalmente enformam o sistema retributivo da função pública ao longo dos últimos anos, de acordo com um itinerário histórico que, apesar de suficientemente conhecido e apreciado, não é despidendo resumir de forma sintética para melhor enquadramento da presente iniciativa.

7. Pode desde já antecipar-se que a raiz de tais problemas remonta à execução das medidas constantes do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, relativo a princípios gerais em matéria salarial e de gestão do pessoal da função pública, complementadas pelo Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, diploma que veio estabelecer novas regras sobre o estatuto remuneratório dos funcionários e agentes da Administração Pública e a estruturação da

remuneração base das carreiras e categorias nele contempladas, instituindo um sistema retributivo estruturalmente diferenciado do regime salarial de tabela de letras que até então vigorara para a função pública.

8. Com efeito, o sistema de remuneração vigente até esta data assentara em vinte e uma posições salariais, correspondentes às letras do alfabeto, na qual se integravam a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública ¹⁸³, sistema que indiscutivelmente se considerava insuficiente, destinado a estabelecer remunerações diferenciadas, por forma a compensar adequadamente as várias formas de prestação de trabalho desenvolvidas no sector público administrativo.

9. A reformulação da estrutura remuneratória da função pública operada pelo citado Decreto-Lei n.º 353-A/89, traduziu-se, antes de mais, na fixação de diferentes formas de representação/nivelamento da posição salarial aplicável às diversas carreiras e categorias da função pública, assente, desta feita, em escalas de base indiciária (cfr. artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89 e artigos 4.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89) como também na demarcação formal entre o universo das carreiras de regime geral – correspondente a áreas de actividade comuns dos serviços da Administração e referenciado a uma grelha salarial até ao índice 900 na qual se integram as carreiras de regime especial caracterizadas por algumas normas especiais de trabalho (v.g. carreiras de inspecção e as carreiras de liquidadores tributários e técnicos) – e a existência de corpos especiais, com remunerações de base indiciárias distintas, por forma a contemplar situações de natureza laboral caracterizadas, basicamente, pelo grau de autonomia e especialidade no exercício de funções em vários sectores – médicos, enfermeiros e técnicos de diagnóstico e terapêutica, militares dos três ramos das forças armadas, forças de segurança, docentes de todos os graus de ensino, diplomatas e investigação científica, para apenas especificar estes – funções essas que não podem nem devem ser assimiladas às genericamente estabelecidas para a função pública.

¹⁸³ De notar que nos anos oitenta alguns grupos profissionais deixaram de ser abrangidos por letras de vencimento e passaram a ter remunerações fixadas por lei especial – haja em vista o caso da Polícia Judiciária e da carreira de investigação, nomeadamente.

10. Outro aspecto relevante e não menos importante que se divisa do novo sistema retributivo da função pública prende-se com a extinção das diuturnidades de regime geral e especial (cfr. artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 184/89) que até aqui objectivamente compensavam a antiguidade na função pública e as expectativas de desenvolvimento salarial na carreira, associando-a à evolução da posição remuneratória de cada funcionário (cfr. Decreto-Lei n.º 330/76, de 7 de Maio).

11. Apesar das linhas orientadoras do novo sistema retributivo apontarem para a introdução de maior racionalidade e congruência, a justeza das opções de fundo assinaladas não terá tido, porém, a necessária correspondência na sua execução e desenvolvimento, por forma a evitar desajustamentos que não poderei caracterizar como pontuais, constituindo antes uma espécie de “pecado original” do chamado novo sistema retributivo no que concerne, em particular, aos grupos de pessoal técnico-profissional, administrativo, operário e auxiliar de regime geral.

12. Com efeito, de entre as medidas assumidas em matéria de transição do anterior modelo de remunerações para o sistema indiciário, o legislador veio assentar a determinação do posicionamento na nova estrutura salarial no princípio da aproximação e salvaguarda, quer do nível remuneratório até aqui auferido (cfr. artigos 39.º do Decreto-Lei n.º 184/89 e artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89), quer ainda das expectativas de evolução remuneratória decorrentes da carreira e regime de diuturnidades então vigentes. Merece especial atenção o n.º 2 do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 184/89, dispositivo que estabelece a este respeito, e como princípio orientador de natureza geral, a impossibilidade de, em caso algum, “... *resultar da introdução do novo sistema retributivo redução da remuneração que o funcionário ou agente já auferiu ou diminuição das expectativas de evolução decorrentes quer da carreira em que se insere, quer do regime de diuturnidades vigente*”, de resto ulteriormente reproduzido, ainda que de forma menos incisiva, no artigo 30.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 353-A/89.

13. Certo é que, para efeito de integração na nova estrutura indiciária, a expressão remuneração incorporava o vencimento base, correspondente a uma determinada letra de vencimento, como também as diuturnidades (de regime geral ou de regime especial), que verdadeiramente correspondiam a prémio de antiguidade em função do número de anos prestados na função

pública, e ainda as remunerações acessórias¹⁸⁴ – cfr. artigo 39.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89 e artigo 30.º, n.ºs 2, 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 353-A/89.

14. Ora, a consideração da componente da remuneração “diuturnidade” na determinação do posicionamento remuneratório de transição fez com que muitos funcionários “transportassem” para a sua antiguidade na categoria, no novo sistema retributivo (NSR), a antiguidade na função pública. Significou isto que, por exemplo, um funcionário com um número máximo de diuturnidades (cinco), atribuídas ao abrigo do disposto no DL n.º 330/76, de 7 de Maio, na prática, fosse logo colocado em escalão a que correspondia remuneração indiciária mais elevada do que outro que, embora com menos anos de serviço na função pública, era mais antigo na categoria.

15. A esta situação, que se reflectiu com maior incidência nas carreiras dos grupos profissionais com funções de execução (técnico-profissional, administrativo, operário e auxiliar), acresceu a forma de construção da grelha indiciária aplicável a estas carreiras de regime geral aquando da introdução do NSR e ainda a diferente demarcação (maior compressão) do leque salarial correspondente a que estiveram sujeitas face às carreiras técnica e técnica superior e a que certamente não foram alheias razões de natureza orçamental.

16. O reconhecimento de tal anacronismo, aparentemente estático porquanto gerado pelas especiais facetas do regime transitório extractado, não foi ultrapassado com a aplicação dinâmica do sistema, reflectindo-se no desenvolvimento posterior da carreira dos funcionários abrangidos posto que reforçado por outros aspectos de natureza estrutural, como a existência de cruzamento ou sobreposição indiciária na grelha salarial aplicável às carreiras verticais que permitia que os escalões mais elevados de categoria inferior fossem melhor remunerados do que os escalões iniciais de categoria imediatamente superior da mesma carreira.

17. A este propósito, não será demais acentuar que, apesar do modelo introduzido pelo Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06, e diplomas subsequentes exigir, como exige ainda, formas criteriosas de gestão do sistema de

¹⁸⁴ Entendo que se afigura despicando abordar, dentro desta análise, a questão das remunerações acessórias e as consequências da extinção destas (cfr. artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 184/89) e a parte correspondente inserta na remuneração indiciária de base.

desenvolvimento de carreiras na função pública, nomeadamente por via da utilização do mecanismo de avaliação do mérito (cfr. artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15/07, e Decreto Regulamentar n.º 44-B/83, de 1/06), tal princípio não encontrou o esperado eco na *praxis* administrativa, constatada a aplicação tendencialmente indiferenciada deste instrumento gestor e a consequente impossibilidade de o mesmo assumir qualquer função instrumental na correcção salarial reclamada.

18. A par dos vectores descritos, devo salientar que o sobredito Decreto-Lei n.º 353-A/89, certamente norteado pela intenção de gradualizar o impacte orçamental desta reforma, preconizara um período de condicionamento da progressão nos diversos escalões da categoria de transição que durou até final de 1991 (artigo 38.º), assim como o progressivo descongelamento do mesmo em três fases (artigo 38.º, n.º 2) cuja concretização foi assegurada, sucessivamente, pelos Decretos-Leis n.ºs 393/90, de 11/12, 204/91, de 7/06, 420/91, de 29/10 e 61/92, de 15/04.

19. É, porém, consabido que também o conteúdo normativo de algumas regras transitórias de desbloqueamento de escalões – seja as que asseguraram saltos ou ganhos escalonares diferenciados em função da antiguidade detida na categoria (artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/91), seja as alterações pontuais do desenvolvimento indiciário que beneficiaram apenas algumas categorias e carreiras (Decreto-Lei n.º 420/91), quer ainda as que fixaram regimes especiais de progressão nos escalões descongelados para salvaguarda de situações decorrentes das promoções ocorridas antes e após 1/10/89 (artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 393/90, artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/91 e artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 61/92) – apesar da sua vocação assumidamente correctiva, foi também ele passível de induzir novos desequilíbrios remuneratórios na situação dos funcionários e agentes de diversas categorias, com particular incidência na carreiras técnico-profissionais e administrativa do regime geral.

20. Estes desequilíbrios consubstanciaram-se em inversão do posicionamento salarial preexistente entre os funcionários colocados na mesma ou diferente categoria superior, ao permitirem que, em resultado de promoção verificada após 1/10/89, os mais antigos numa dada categoria ou carreira pasassem a auferir remuneração inferior à dos colegas menos antigos na mesma categoria ou em categoria inferior, pondo em causa a lógica e a equidade interna do sistema.

21. Tais distorções salariais, que me dispensarei de retratar de forma detalhada, foram já exaustivamente sinalizadas e tipificadas em anterior Recomendação deste órgão do Estado com data de 9/11/94 (cfr. IP n.º 17/93), pela qual se alertou em devido tempo o Governo, através do então Ministro das Finanças, para a conveniência na adopção de medidas legislativas intercalares que permitissem ultrapassar os desajustamentos assinalados ou prevenir a formação futura de novas situações de desvantagem remuneratória, nomeadamente através da recuperação do tempo de serviço prestado na categoria que não havia sido aproveitado para os descongelamentos verificados.

22. Acresce ainda salientar que também o referido regime remuneratório de transição terá, nos aspectos assinalados, influenciado os estatutos próprios de algumas carreiras de regime especial ou inseridas em corpos especiais, contagiando o respectivo regime remuneratório de idênticos vícios, de que são exemplo apreciado os diplomas atinentes às carreiras dos militares das forças armadas (Decreto-Lei n.º 57/90, de 14/02), às carreiras de investigação científica (Decreto-Lei n.º 408/89, de 18/11, e Decreto-Lei n.º 347/91, de 19/09) e à carreira de enfermagem (Decreto-Lei n.º 34/90, de 24/01), entre outras.

23. Longe de estabilizarem com o decurso do tempo ou de se mostrarem sanadas com a dinâmica própria do sistema, a percepção das sequelas derivadas da transição para o NSR terá merecido especial atenção no Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18/12, diploma que, como é sabido, tem sido recorrentemente invocado como o instrumento normativo propulsor dos inúmeros desequilíbrios identificados no sistema retributivo e de carreiras. A meu ver, de forma redutora, como pretendo demonstrar adiante.

24. Este último diploma que foi entretanto objecto de alteração por iniciativa parlamentar, concretizada através da Lei n.º 44/99, de 11/06, veio introduzir importantes alterações no ordenamento e enquadramento indiciário das carreiras e categorias de regime geral da Administração Pública com efeitos reportados a 1/01/98 (artigo 34.º). Proporcionou, desta forma, o contexto formal adequado para promover o reagrupamento e a revisão da estrutura de algumas carreiras abrangidas, através da extinção ou agregação dos correspondentes níveis e categorias (v.g. carreiras técnico-profissionais, administrativa e de operário qualificado), bem como o seu reenquadramento salarial, traduzido na actualização das respectivas escalas indiciárias.

25. Perante as novas alterações empreendidas no sistema retributivo e a necessidade de regular a transição para a estrutura indiciária delineada por

este diploma, o legislador do Decreto-Lei n.º 404-A/98, uma vez mais e à semelhança das opções assumidas na transição para o NSR, terá sido induzido a recorrer às soluções de carácter pontual e selectivo para fazer aderir as diferentes realidades a uma nova grelha salarial pré-negociada, como claramente ressalta do seu Capítulo III.

26. A despeito do escopo correctivo que se divisa de algumas disposições transitórias, também os novos critérios de reposicionamento salarial gizados pelo referido diploma vieram suscitar problemas de equidade e de justiça relativa que neste contexto apenas abordarei de forma genérica posto que, desde já, amplamente diagnosticados em relatório produzido por um grupo de trabalho interno no âmbito da Direcção-Geral da Administração Pública, como será certamente do conhecimento de V. Ex.^ª.

27. A tomar em conta os inúmeros casos concretos que me foram submetidos, o regime transitório do Decreto-Lei n.º 404-A/98 permitiu evidenciar novas situações de ultrapassagem ou igualização remuneratória de funcionários com maior antiguidade na respectiva categoria ou carreira por outros funcionários com categoria inferior ou menor antiguidade na mesma, com especial repercussão na situação dos funcionários pertencentes às carreiras objecto de reestruturação/agregação (como sejam as antigas carreiras técnico-profissionais, de oficial administrativo e operárias). As situações referenciadas resultavam invariavelmente da aplicação, isolada ou conjugada, de aspectos tão distintos como:

- regras de transição diferenciadas, baseadas em particulares condicionalismos temporais e institucionais que implicaram a revisão do posicionamento remuneratório decorrente de promoções ocorridas antes da entrada em vigor da nova lei (artigo 21.º, n.os 3 e 4);
- regras de reposicionamento salarial que desatendem ao tempo de trabalho anteriormente desempenhado pelo funcionário na respectiva categoria/carreira, mas que proporcionam ganhos de escalão mais vantajosos em resultado do alargamento das escalas respectivas, face àqueles funcionários que foram colocados em função da normal progressão na categoria;
- regras especiais de contagem de tempo de serviço prestado em categorias agregadas ou fundidas para efeitos de progressão/promoção ulterior à transição (artigo 23.º, n.os 1 e 2);

- regras especiais de recuperação do tempo de permanência no índice originário com contrapartida nos ganhos salariais nulos ou reduzidos obtidos na transição para a novas escalas indiciárias (artigo 23.º, n.º 3);
- redução dos módulos de tempo de serviço necessários para progressão aos escalões imediatos, aplicável aos titulares de determinadas categorias objecto de reestruturação/agregação (artigo 21.º, n.ºs 8 e 9);
- consagração de impulsos salariais de transição diferenciados e sem qualquer denominador comum que reforçam a ideia de distanciamento entre a determinação do índice remuneratório de transição e o percurso profissional de cada funcionário na respectiva carreira, por não terem tido em consideração as diferenças e os equilíbrios preexistentes na ordenação das categorias e índices remuneratórios anteriores.

28. Não se revela difícil concluir que o enquadramento de transição consagrado pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, ao dar cobertura a determinadas situações remuneratórias e desprotegendo outras, se revelou ineficaz para resolver de forma definitiva as injustiças e distorções reconhecidamente decorrentes da evolução do actual sistema retributivo e de carreiras. Antes reflectiu e ampliou os vícios já existentes e que punham em causa a sua unidade e coerência, já de si seriamente fragilizada pelas reformas legislativas antecedentes (mormente as que incidiram sobre o percurso profissional dos funcionários das antigas carreiras técnico-profissionais, de oficial administrativo e operárias), além de continuar a patentear total ausência de critérios balizadores para a organização/alteração das grelhas indiciárias aplicáveis.

29. Diga-se, em abono da verdade, que o próprio legislador do Decreto-Lei n.º 404-A/98 parece ter tido a percepção da possível ineficácia ou incompletude do regime transitório contido neste diploma, deixando no seu artigo 21.º, n.º 5, a porta aberta para a promoção de mecanismos graciosos de auto-correção de eventuais distorções ou deficiências do sistema retributivo. Tratou-se, porém, de solução tecnicamente deficiente e até desconforme com o princípio da hierarquização dos actos normativos (artigo 112.º, n.º 5, da Constituição), uma vez mais assente na comparação pontual e casuística relativamente a outras situações de referência conhecida, além de desprovida de

qualquer parametrização e, por isso mesmo, passível de gerar novos desequilíbrios perante novas realidades concretas não conhecidas.

30. Ora, tais anomalias e desajustamentos não perderam o seu impacto por força da aplicação dinâmica do próprio sistema já que, como é sabido, a maior parte das situações de injustiça relativa detectadas não são apenas consequência directa da aplicação das disposições transitórias do invocado Decreto-Lei n.º 404-A/98, resultando, outrossim, do funcionamento concorrencial ou cotejado de outros factores de natureza estrutural que, de forma decisiva, contribuem, para a persistência dos desajustamentos reconhecidos, como sejam, a organização da grelha salarial por escalas sobrepostas e a aplicação das regras de progressão e de promoção na respectiva carreira após a transição (cfr. artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 184/89 e artigos 17.º, n.º 1, alínea *a*), e 19.º, ambos do Decreto-Lei n.º 353-A/89).

31. Reportando-me, neste particular plano de abordagem, às regras que regulam o mecanismo de promoção em carreira vertical, tenha-se presente que, de acordo com a disciplina constante do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, a integração na estrutura remuneratória da nova categoria opera sempre em escalão a que corresponda remuneração superior à que o funcionário vinha auferindo ou tinha a perspectiva de vir a auferir na categoria anterior (cfr. artigo 17.º, n.º 1, alínea *b*). Na verdade, a aplicação concorrente desta regra com as normas de transição atrás enunciadas permitiu antecipar, por via da promoção, a concretização das expectativas de desenvolvimento salarial que resultariam da progressão em anterior categoria (artigo 17.º, n.º 3, do mesmo diploma, na redacção dada pelo artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98), beneficiando o funcionário posicionado nos últimos escalões da categoria imediatamente anterior ao colocá-lo em posição mais vantajosa face àqueles que foram promovidos anteriormente e eventualmente no âmbito do mesmo concurso reposicionando-o *per saltum* no escalão da categoria de promoção.

32. Por último, importa realçar que problemas do mesmo tipo continuam a estar transversalmente presentes na legislação reguladora do ordenamento e regime remuneratório de outras carreiras e categorias com designações específicas da Administração Local, de regime especial ou que integram corpos especiais (v.g. as carreiras de técnico superior aduaneiro, de técnico de fazenda da Direcção-Geral do Tesouro, do pessoal não docente dos estabelecimentos públicos de educação e ensino não superior, de enfermagem, de técnico

de diagnóstico e terapêutica, e militares da Forças Armadas, entre as situações apreciadas), já que houve a tentativa de assimilar as soluções do Decreto-Lei n.º 404-A/98 em outros diplomas de alcance sectorial.

II – Jurisprudência do Tribunal Constitucional

33. Apesar de ser naturalmente do conhecimento dos antecessores de V. Ex.^a, não será demais recordar, a talhe de foice, que alguns dos vícios surpreendidos na evolução do sistema retributivo e de carreiras vigente foram já abordados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional em torno de diversos diplomas, de âmbito geral ou sectorial, que o enformam. De facto, desde há muito que esta suprema instância jurisdicional se vem pronunciando sobre a conformidade ou desconformidade de alguns destes instrumentos legislativos com os princípios fundamentais da ordem jurídico-constitucional, a mais das vezes, por impulso deste órgão do Estado. De entre os normativos legais que foram já alvo de um juízo de inconstitucionalidade material, não poderei deixar de destacar as normas editadas em matéria de descongelamentos dos escalões de progressão pelos artigos 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/91, de 7/06, 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 61/92, de 15/04, 27.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06, 17.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16/10, 2.º do Decreto-Lei n.º 347/91, de 19/09, e artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 373/93, de 4/11, em qualquer dos casos, por expressarem tratamento desigual em matéria retributiva, quando interpretadas no sentido de proporcionar a atribuição ao funcionário posicionado em categoria superior ou mais antigo na categoria ou carreira, remuneração inferior à daqueles outros que se quedaram pela antiga categoria e só ulteriormente acederam a categoria superior – cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 254/00, publicado no DR, I-A, n.º 119, de 23/05/00, 405/93, publicado no DR, I-A, n.º 239, de 15/10/03, 426/01, publicado no DR, n.º 266, de 16/11/01, 310/01, publicado no DR, n.º 229, I-A, de 2/10/02, 584/98, publicado no DR, II, de 30/03/99, 356/01, publicado no DR, I-A, n.º 32, de 7/02/02 e o Acórdão n.º 405/03, de 17/09/2003 (Proc. n.º 598/02).

34. Em face da linha de entendimento perfilhada pelo Tribunal Constitucional nos invocados arestos, poder-se-á, ainda assim, descortinar nas opções do Decreto-Lei n.º 404-A/98 (*maxime*, no artigo 21.º, n.ºs 3 e 4) e em

outros diplomas estruturantes do sistema (*maxime* no artigo 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89) alguma similitude material com os critérios legais que o Tribunal Constitucional julgou já inconstitucionais, nalguns casos com força obrigatória geral, por violação do preceito constante do artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição, impondo-se, pois, em face das reservas de constitucionalidade já suscitadas junto deste órgão do Estado relativamente às mencionadas normas, uma avaliação aprofundada da sua compatibilidade efectiva com o princípio geral da igualdade ínsito no artigo 13.º da mesma lei fundamental.

III – Aplicação e execução do artigo 17.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 404-A/98 – Omissão do dever de regulamentar

35. A par das questões atrás assinaladas, conforme tive o ensejo de expressar ao anterior Executivo em diversas ocasiões, têm estes Serviços sido amiúde confrontados com o problema derivado do incumprimento de alguns preceitos constantes do aludido Decreto-Lei n.º 404-A/98, o que comporta reflexos no exercício efectivo de direitos que a mesma lei veio conferir aos respectivos destinatários.

36. Está particularmente em causa a inexecução do preceituado no artigo 17.º, n.º 2, que torna extensivos às carreiras e categorias com designações específicas, cujo desenvolvimento indiciário se aproxime das carreiras de regime geral do correspondente grupo profissional, os princípios organizativos e as soluções enformadoras da transição e revalorização previstas no aludido diploma, fazendo depender tais efeitos remuneratórios da produção de diploma regulamentar autónomo.

37. Incorrendo a Administração no dever de editar o diploma mediador aplicável às realidades visadas pelo citado normativo (cfr. artigo 199.º, alínea *c*), da Constituição), a verdade é que, volvido este tempo, quedam-se ainda por adaptar os regimes próprios de algumas carreiras e categorias que em idênticas condições não foram objecto dos devidos ajustamentos salariais, tornando a estatuição legal *letra morta* e privando os respectivos destinatários do direito à revalorização indiciária que a lei em abstracto lhe confere (v.g. a título exemplificativo, a situação dos funcionários das carreiras atípicas dos

Ministérios da Justiça, da Cultura e do antigo Ministério da Segurança Social e do Trabalho).

38. Não posso, pois, Senhora Secretária de Estado, deixar de considerar que a persistência de tal situação omissiva, ao tornar inexecutíveis os direitos e expectativas legitimamente decorrentes dos preceitos invocados, é inaceitável à luz dos princípios constitucionais da boa fé e da justiça (artigo 266.º da Constituição), os quais, naturalmente, hão-de nortear a actuação do Governo na sua relação com os cidadãos.

39. De resto, estando na disponibilidade da Administração a eventual adaptação do regime remuneratório de outras carreiras de regime especial aos princípios organizativos estabelecidos pelo referido Decreto-Lei n.º 404-A/98, conforme preconiza o seu artigo 17.º, n.º 3, julgo absolutamente necessário que qualquer iniciativa selectiva de revalorização salarial, directa ou adaptada, não deva descurar uma avaliação transversal e integrada da posição relativa de outras realidades funcionais (carreiras específicas de diferentes áreas funcionais e corpos especiais) que apresentam paralelismo (funcional, habilitacional, remuneratório) ou assentam em quadro referencial idêntico ao da lei geral.

40. E tal, de molde a que continue a ser assegurado o equilíbrio e a harmonização retributiva entre os diversos cargos e carreiras no âmbito da Administração Pública que a gestão do próprio sistema reclama à luz dos princípios estruturantes da coerência e da equidade interna e sem prejuízo do reconhecimento da sua autonomia própria (cfr. o artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, que aponta de forma inequívoca para a existência de uma relação de proporcionalidade entre o universo de carreiras e categorias da função pública e a correspondente remuneração).

41. Permito-me, a este propósito e a título exemplificativo, destacar a situação de desvantagem ou desfasamento remuneratório de que são alvo os funcionários pertencentes à carreira de técnico economista superior do Departamento de Estudos e Previsão do Ministério das Finanças, perante a revalorização indiciária de que beneficiaram a generalidade dos técnicos superiores de regime geral por via da aplicação do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18/12, assim como o pessoal técnico superior com designação específica do mesmo departamento ministerial (v.g. carreira de técnico superior de orçamento e conta e a carreira de técnico superior do tesouro) e, sobretudo, os colegas da carreira de técnico economista da Direcção-Geral dos Impostos – DCGI, do correspondente

grupo de pessoal (por via do Decreto Regulamentar n.º 2/2000, de 10/03, editado ao abrigo do artigo 17.º, n.º 3, do aludido Decreto-Lei n.º 404-A/98) com os quais aqueles vinham mantendo, aliás, uma tendencial relação de paridade indiciária (cfr. Decreto-Lei n.º 48/98, de 7/03), agora dissolvida em iniciativa avulsa que apenas contemplou o pessoal da DCGI, apesar de a estes últimos corresponderem requisitos de ingresso bem menos exigentes (cfr. Decreto-Lei n.º 557/99, de 17/12). Considero esta particular situação exemplarmente demonstrativa de algumas assimetrias remuneratórias persistentes entre cargos diferentes no âmbito do ordenamento de carreiras da função pública (aferida pelos distintos níveis de qualificação, de responsabilidade funcional e remuneração que lhes correspondem) e que põem em causa a unidade e a coerência do sistema retributivo sem qualquer fundamento racional ou constitucionalmente relevante, justificando-se, pois, que à luz do princípio da equidade interna plasmado no artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, a realidade funcional concretamente destacada seja também ela objecto de justa e adequada valoração do ponto de vista do direito a constituir, mediante a adaptação das respectivas escalas salariais ao desenvolvimento indiciário das carreiras do correspondente grupo de pessoal de regime geral.

IV – Regulamentação do regime de intercomunicabilidade vertical entre carreiras – Execução do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98

42. Também em vários momentos foi suscitada a questão da incompletude e inoperacionalidade do mecanismo de intercomunicabilidade vertical previsto nas disposições dos artigos 4.º, n.º 2, 5.º, n.º 3, 6.º e 15.º, todos do Decreto-Lei n.º 404-A/98. Traduz-se a utilização desta figura, *grosso modo*, na possibilidade de alargamento da área de recrutamento para acesso às carreiras referenciadas neste contexto – carreiras técnica superior, técnico-profissional e operário semi-qualificado, respectivamente – aos funcionários integrados em carreiras de grupo profissional diferenciado que não sendo possuidores do nível habilitacional legalmente exigido para o respectivo ingresso, estejam habilitados com formação legalmente reconhecida em diploma autónomo (cfr. artigo 25.º).

43. Na realidade, a formação habilitante exigida não foi ainda objecto da regulamentação prevista decorridos que foram mais de seis anos

sobre o início da vigência do sobredito Decreto-Lei n.º 404-A/98, o que torna inaplicável, por falta das condições necessárias, o mecanismo de comunicabilidade entre carreiras nos termos genericamente prefigurados no artigo 3.º, n.º 2, do mesmo diploma e, conseqüentemente, prejudica as expectativas legitimamente constituídas pelos possíveis interessados quanto a uma eventual candidatura a lugar de acesso de carreira de nível superior.

44. Esta matéria foi já, em termos genéricos, objecto de apreciação no âmbito de diversos outros processos que com idêntico objecto e fundamentos deram entrada na Provedoria de Justiça, tendo, ao longo do tempo, ocasionado sucessivas diligências junto dos diversos responsáveis governamentais com a tutela da Administração Pública no sentido de se conhecer a evolução dos trabalhos de preparação do diploma regulamentar em falta ou das razões que justificavam a conduta omissiva denunciada.

45. Em resposta a estas diligências, o anterior Executivo manifestou-me a intenção de reavaliar a oportunidade de desenvolvimento regulamentar deste assunto, em face dos novos objectivos estratégicos delineados para a área da Administração Pública, ponderando da sua eventual compatibilidade com a execução da política de contenção do crescimento do aparelho administrativo e da despesa orçamental.

46. Sem pretender questionar os critérios de oportunidade política invocados ou a liberdade de conformação ou reponderação do desiderato legislativo que incumbe ao Governo (conquanto se reconheça a necessidade de escorar o princípio em causa, não apenas do ponto de vista da estruturação da formação requerida, como também na fixação das respectivas condições de acesso e avaliação, por forma a prevenir a sua utilização como potencial instrumento de atrito social no contexto da organização), não posso deixar de salientar que a motivação invocada para a ausência da regulamentação em apreço não exime a responsabilidade assumida pelo Estado, por omissão no exercício da função legislativa/regulamentar, quando na realidade lhe cumpria, por sua iniciativa, fixar as condições necessárias ao cumprimento das normas por si estabelecidas e arredar os constrangimentos que obstam à obtenção dos requisitos legalmente exigidos aos destinatários destas normas para acederem a carreira de nível mais elevado.

47. Numa perspectiva estritamente histórica, sublinharia ainda que o recorte legal do mecanismo da intercomunicabilidade entre carreiras, tem, ao longo do tempo, assentado no princípio da articulação equilibrada entre o

sistema de carreira e o sistema de formação profissional na Administração Pública (conforme leitura cotejada entre os artigos 22.º, 23.º, 31.º, 33.º, 34.º e 35.º, n.º 4, todos do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06), demonstrando que o legislador não descurou a percepção da carreira enquanto suporte de estabilidade, motivação e valorização dos recursos humanos disponíveis.

48. Devo ainda salientar que, agora na perspectiva da melhoria e desenvolvimento das particularidades do sistema de carreiras, não são, de todo em todo, negligenciáveis as potencialidades correctivas decorrentes da utilização da figura da intercomunicabilidade vertical para a concretização de uma verdadeira política de flexibilização dos mecanismos de mobilidade profissional, enquanto instrumento privilegiado de gestão e requalificação do efectivo existente, ciente que estou das virtualidades que o mesmo oferece com vista ao aproveitamento racional dos recursos humanos interessados em reorientar o seu percurso profissional, bem como da possibilidade da sua articulação com as novas opções estratégicas delineadas para a área da Administração Pública, nos domínios do recrutamento, formação profissional e desenvolvimento de carreira.

49. De resto, Senhora Secretária de Estado, nem é difícil surpreender tal motivação na consagração das soluções normativas que possibilitam a mobilidade entre carreiras no âmbito do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18/12 (cfr. o respectivo preâmbulo e os seus artigos 3.º, 4.º, 6.º e 15.º, atrás invocados), tendo presente a relação de complementaridade existente entre os sistemas de ensino e de formação profissional.

50. Por tudo quanto exposto, entendo que não é admissível que se persista em manter o vazio regulamentar no tratamento desta matéria quando tal comportamento omissivo se mostra desprovido de justificação perante os princípios da justiça e da boa fé estruturantes da ordem jurídica e, de modo geral, no plano da legalidade.

V – Conclusões

51. Pretendo, pois, Senhora Secretária de Estado, através da retrospectiva genérica vinda de realizar, demonstrar a existência de um sistema retributivo e de carreiras onde sobressaem desigualdades de tratamento e persistem situações de injustiça relativa que não são apenas resultado directo da

aplicabilidade das disposições transitórias do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18/12, ou de outros diplomas sectoriais congéneres, como também derivam, na maior parte das situações, do efeito encadeado de vícios e deficiências estruturais que continuam a permear o respectivo quadro legislativo e que o legislador não soube ao longo do tempo superar como era afinal seu propósito.

52. Perante os erros e omissões patenteados na programação das sucessivas alterações legislativas e aproveitando, porventura, o extenso e exaustivo trabalho de avaliação *ex post* já realizado pelos anteriores Executivos em torno da aplicação do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18/12, considero sobremaneira indispensável que seja encarada uma reflexão alargada em torno da arquitectura do sistema retributivo vigente e, concomitantemente, uma intervenção de fundo que, de modo global, integrado e sistematizado, permita ultrapassar as múltiplas distorções e assimetrias remuneratórias já identificadas pelos operadores do sistema, seja a nível sectorial, quer no plano multisectorial.

53. Tal, sem prejuízo do escrutínio e eventual juízo de censurabilidade que vier a recair sobre alguns normativos legais cuja correcção jurídico-constitucional tem vindo a ser questionada junto deste órgão do Estado com particular insistência por eventual infracção ao princípio da igualdade salarial, para além daqueles que foram já submetidos a similar apreciação, *maxime* os artigos 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16/10, e 21.º, n.os 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18/12, sendo que o primeiro foi já objecto de pedido de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade junto do Tribunal Constitucional.

54. De todo o modo, não creio, Senhora Secretária de Estado, que a execução dos diversos arestos já emitidos por aquele venerando Tribunal e que reconhecem a inconstitucionalidade de alguns normativos integrantes do sistema retributivo, sequer a mera erradicação da ordem jurídica de outras disposições legais que porventura padeçam de idêntico vício, configurem, de per si, instrumento correctivo suficiente para garantir o equilíbrio remuneratório perdido, perante a diversidade de factores que influenciam as situações detectadas. Tão pouco a implementação do novo sistema de avaliação do desempenho dos funcionários e agentes da função pública, criado pela Lei n.º 10/2004, de 22/03, e regulamentado pelo Decreto Regulamentar n.º 19-A/2004, de 14/05, e, em particular, dos novos critérios de diferenciação e reconhecimento do mérito, influenciará, a meu ver, o grau de operacionalização de algumas variáveis do sistema de reconhecido peso orçamental, *maxime*, do mecanismo

de progressão nas carreiras verticais, em termos que permitam uma gestão mais equilibrada deste instrumento de revalorização salarial, já que a mudança de escalão continuará, em regra, a depender da atribuição de classificação de “Bom”, de per si isenta de qualquer contingentação (conforme decorre da aplicação cotejada do artigo 19.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89 e do artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 10/2004).

55. Sem deixar de reconhecer a magnitude, a complexidade e a delicadeza da iniciativa que ora proponho, entendo que tal nível de abordagem tem pleno cabimento no contexto da profunda reforma e modernização da Administração Pública em curso, para cuja consecução assume importância primordial a racionalização e a requalificação dos respectivos recursos humanos, sendo certo que o sistema de carreiras, bem como as condições em que nele se progride, podem constituir factor decisivo de estabilidade e motivação do efectivo disponível.

Competindo ao Provedor de Justiça, de acordo com o disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea *b*), do correspondente Estatuto (Lei n.º 9/91, de 9/04), assinalar as deficiências legislativas que verifique, é com este propósito e no seguimento das conclusões antecedentes que entendo oportuno submeter a ponderação do Governo, na pessoa de V. Ex.^a, Senhora Secretária de Estado, a promoção de um rigoroso estudo, nas diferentes dimensões social, financeira e funcional, conducente à preparação de medidas legislativas de alteração ou mesmo de revisão do enquadramento legal do sistema retributivo e de carreiras da função pública que assegure, de forma mais justa e equilibrada, a clarificação, regularização e prevenção das múltiplas situações de desequilíbrio e injustiça relativa que pontuam a estrutura e enquadramento indiciário das carreiras de regime geral, de regime especial e de alguns corpos especiais da Administração Pública, bem como à edição das medidas regulamentares previstas nos artigos 17.º, n.os 2 e 3, e 25.º, ambos do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18/12.

Ciente de que as preocupações ora expressas virão a merecer a atenção e empenhamento desejável, fico naturalmente a aguardar oportuna notícia relativamente a eventuais iniciativas e outras medidas que o Governo entender vir a adoptar a propósito deste assunto.

2.4.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-3681/00

Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Secretário de Estado do Orçamento

Assunto: Abono do subsídio de residência a funcionários da DGAIEC em serviço nas Ilhas de Santa Maria e Porto Santo.

1. Em Agosto de 2000, foi apresentada uma reclamação na Provedoria de Justiça por um grupo de funcionários da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC), relativamente à decisão de Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento, de 27 de Abril de 2000, exarada no Parecer n.º 62/00 da Auditoria Jurídica do Ministério das Finanças, nos termos da qual “os funcionários da DGAIEC em serviço nas ilhas de Santa Maria e Porto Santo encontram-se abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 190/99 (...) devendo considerar-se revogado o Decreto-Lei n.º 38477, de 20 de Outubro de 1951, e o Decreto-Lei n.º 47939, de 15 de Setembro de 1967”.

2. No âmbito da instrução deste processo, ficou suficientemente evidenciada a existência de diferentes interpretações sobre os efeitos da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 190/99, de 5 de Junho, no que se refere à vigência do Decreto-Lei n.º 38477 e do Decreto-Lei n.º 47939.

3. Por um lado, entendem os reclamantes que os decretos-leis supra referidos constituem lei especial face ao regime geral consagrado no Decreto-Lei n.º 190/99, pelo que, não tendo este diploma revogado expressamente os anteriores, aqueles terão de se considerar em vigor. No mesmo sentido se pronunciou a Direcção de Serviços de Gestão de Recursos Humanos da DGAIEC.

4. Assim, na Informação n.º 277/99 daquele serviço, que mereceu a concordância do seu dirigente máximo, salienta-se que “o Decreto-Lei



n.º 38477, estatui a atribuição de um subsídio de residência aos funcionários do Ministério das Finanças colocados em serviços situados na Ilha de Santa Maria. Com a publicação do Decreto-Lei n.º 47939, aquele benefício é estendido aos funcionários do Ministério das Finanças colocados em serviços situados na Ilha de Porto Santo. Existem razões de especialidade substancial que justificam a existência destes normativos, que são as características singulares daquelas duas ilhas. Assim, os diplomas citados têm um âmbito de aplicação local, visando contemplar situações específicas e concretas – funcionários do Ministério das Finanças colocados em serviços situados naquelas duas ilhas. Em sentido diverso, o Decreto-Lei n.º 190/99, de 5 de Junho, que vem revogar expressamente o Decreto-Lei n.º 45/84, de 3 de Fevereiro, tem um âmbito de aplicação universal, consagrando um novo “regime geral de atribuição de incentivos à mobilidade dos recursos humanos na Administração Pública”.

5. Da análise realizada no supra citado parecer, concluiu a DGAIEC que “existe uma relação de especialidade entre o Decreto-Lei n.º 38477 e o Decreto-Lei n.º 190/99, de 5 de Junho. Ora, a norma especial não é afectada pelo facto de o regime geral ser modificado, excepto se for essa a intenção do legislador. No caso presente, não existem incompatibilidades entre as duas normas, pelo que não se poderá concluir que era intenção do legislador revogar a norma anterior. Assim, quando um funcionário pertencente ao quadro de pessoal da DGAIEC for, nos termos do Decreto-Lei n.º 324/93, de 25 de Setembro, deslocado em serviço na Ilha de Porto Santo, é-lhe aplicável o benefício previsto no Decreto-Lei n.º 38477 e não o preceituado no Decreto-Lei n.º 190/99, isto porque o primeiro constitui lei especial face ao segundo e não contraria o preceituado no Decreto-Lei n.º 324/93”.

Porém, tal não tem sido o entendimento do Governo, que, através de Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento, se pronunciou, por mais do que uma vez, sobre esta questão.

6. Desde logo, no Parecer da Auditoria Jurídica n.º 62/00, sobre o qual foi exarado o Despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento de 27 de Abril de 2000.

7. Entre outros argumentos, sustenta o auditor jurídico do Ministério das Finanças que “o legislador pretendeu uniformizar o regime ao aplicar o Decreto-Lei n.º 190/99, de 5 de Junho, às regiões autónomas, sem excepção de qualquer ilha. Diz o n.º 5 do art. 2.º que a aplicação do presente diploma nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, far-se-á nos termos do res-

pectivo diploma legislativo regional que o adapte às especificidades próprias da Administração Regional”.

8. Por outro lado, entende o auditor jurídico que os decretos-leis em causa regulam a mesma matéria, pois ambos falam em subsídio de residência. O que muda é o critério: coloca-se de parte o critério das regiões mais afastadas dos grandes centros e opta-se pelo critério de serviço carenciado. Entende, assim, o auditor jurídico que o Decreto-Lei n.º 190/99, de 5 de Junho, veio revogar os Decretos-Leis n.ºs 38477 e 47939, pois a intenção do legislador foi a de regular totalmente a matéria não deixando subsistir leis especiais. “Na elaboração do Decreto-Lei n.º 190/99, o legislador quis incentivar a mobilidade dos recursos humanos da Administração Pública, mudando contudo o figurino, enfocando, agora, o conceito de serviço carenciado e, simultaneamente, estender a aplicação do novo regime às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, conforme dispõe o n.º 5 do art. 2.º do citado Decreto-Lei”.

9. Não se conformando com o teor do supra citado despacho, os interessados apresentaram uma reclamação a Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento.

10. A Consultadoria Jurídica da Direcção-Geral do Orçamento, chamada a pronunciar-se sobre a reclamação, elaborou o Parecer n.º 294/00, de 14 de Setembro. É importante reter, aqui, os principais argumentos apresentados neste parecer, que sustenta a decisão de Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento, em 10 de Outubro de 2000, de manter a decisão de 27 de Abril de 2000.

11. Em primeiro lugar, entende a consultadoria jurídica que não é aplicável, ao caso em análise, a norma contida no n.º 3 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 190/99. Assim, “de facto, o n.º 3 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 190/99 salvaguardou a aplicação da legislação própria do pessoal das carreiras de regime especial, no que respeita aos incentivos à mobilidade, aqui se incluindo o subsídio de residência. Porém, nem o Decreto-Lei n.º 324/93, de 25 de Setembro, nem o Decreto-Lei n.º 306/99, de 16 de Setembro, que aprovaram a lei orgânica da DGAIEC, regulam as situações de atribuição do subsídio de residência. Consequentemente, não existe legislação própria sobre a atribuição deste subsídio aplicável aos corpos especiais da DGAIEC, pelo que é aplicável o regime consagrado no Decreto-Lei n.º 190/99”. Acresce que “também não se pode defender que o regime previsto nos Decretos-Leis n.º 38477 e 47939 constitui legislação própria do pessoal das carreiras do regime especial da

DGAIEC, pois os seus destinatários são os funcionários do Ministério das Finanças independentemente de estarem, ou não integrados em carreiras de regime especial”.

12. Por outro lado, entende a consultadoria jurídica que os diplomas em análise devem ser considerados “tacitamente revogados, com fundamento em incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes, pois o subsídio de residência deixou de ser atribuído como forma de compensar as despesas relativas à habitação de funcionários deslocados na periferia, tal como previa o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 45/84, ou para fazer face a alguns custos de insularidade. É que o Decreto-Lei n.º 190/99 alterou o conteúdo e pressupostos do subsídio de residência, que deixou de assentar na noção de zonas periféricas passando a ser tuteladas apenas as situações subsumíveis no conceito de serviço carenciado. O subsídio de residência é actualmente entendido como um abono mensal destinado a compensar o encargo com a habitação resultante da mudança do local de trabalho, cuja atribuição está limitada ao período de seis anos. Assim, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 190/99 e a conseqüente revogação dos Decretos-Leis n.º 45/84, 38477 e 47939, os subsídios de residência com fundamento na compensação pelos custos de deslocação para zonas periféricas ou insulares deixaram de ser tutelados”.

13. Em 18 de Abril de 2003, a DGAIEC suscitou novamente a questão junto do Ministério das Finanças, tendo Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento remetido, novamente, para parecer da consultadoria jurídica. Em 24 de Outubro de 2003, foi emitido o Parecer Jurídico n.º 178/2003, que mereceu despacho superior de concordância.

14. Sustenta este parecer, argumentando contra o entendimento da DGAIEC de que o “subsídio de residência previsto nos Decretos-Leis n.ºs 38477 e 47939 não consubstancia um incentivo à mobilidade mas antes uma compensação pelo custo de vida elevadíssimo que são obrigados a suportar os funcionários daquelas ilhas”, que se “está a empolar um pouco a situação real do custo de vida nas referidas Ilhas de Santa Maria e Porto Santo”. Assim, entende o consultor jurídico, apoiando-se em dados do INE, que “tem vindo a assistir-se ao crescimento económico e à subida do nível de vida nos Açores”, que, salienta, já beneficiam de um regime especial de IVA.

15. Assim, entende a consultadoria jurídica que devem manter-se os argumentos aduzidos no Parecer n.º 62/00 do auditor jurídico, considerando-se como não vigentes os decretos-leis acima citados.

16. Concluída a instrução do presente processo, cumpre a esta Provedoria de Justiça adotar uma posição sobre a questão aqui controvertida.

17. Afigura-se que os argumentos aduzidos ao longo do tempo pelo Ministério das Finanças para sustentar a revogação tácita dos já citados Decretos-Leis de 1951 e 1967, não permitem, por si, tal conclusão.

18. Assim, desde logo o argumento sustentado no Parecer n.º 62/00 da Auditoria Jurídica do Ministério das Finanças, de que o legislador pretendeu uniformizar o regime, ao consagrar no n.º 5 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 190/99 a sua aplicação às Regiões Autónomas. Ora, salvo o devido respeito, afigura-se que o que está consagrado neste artigo em nada se relaciona com a questão controvertida. O que ali se consagra é a necessidade de adaptação daquele diploma legislativo à Administração Regional, assumindo, assim, o legislador, as especificidades próprias da Administração Regional face à Administração Central e Local, no âmbito da quais o diploma é imediatamente aplicável. Assim, a mobilidade de recursos humanos no âmbito da Administração Regional constará de um diploma próprio, o qual adaptará uma lei geral da República às regiões autónomas. Ora, não é essa a questão regulada pelo Decreto-Lei n.º 38477. O que o legislador consagrou em 1951 foi a atribuição de um abono “aos funcionários do Ministério das Finanças colocados em serviços situados na Ilha de Santa Maria”. Assim, o que aqui se trata é de funcionários da Administração Central a desempenhar funções em serviços situados naquela ilha.

19. A acrescer ao argumento supra referido, alega a auditoria jurídica que o Decreto-Lei n.º 190/99 regula a mesma matéria que os decretos-leis de 1951 e 1967, pois “ambos falam em subsídio de residência”, tendo-se alterado, agora, o critério de atribuição desse subsídio. Foi, assim, intenção do legislador regular totalmente a matéria, pelo que terão de se considerar tacitamente revogados os decretos-leis de 1951 e 1967.

20. O argumento da revogação tácita é, igualmente, desenvolvido pelo parecer da consultadoria jurídica, tendo por base a incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes.

21. Porém, em meu entendimento, o argumento da revogação tácita não se afigura procedente. De facto, ambos os diplomas “falam em subsídio de residência”. Porém, parece-me claro que existe uma relação de especialidade entre o Decreto-Lei n.º 38477 e o Decreto-Lei n.º 190/99, tal como, aliás, existia entre aquele e o Decreto-Lei n.º 45/84. O decreto-lei de 1951 tem por

objecto a regulamentação de uma situação especial, que é a da colocação de funcionários do Ministério das Finanças em serviços situados na Ilha de Santa Maria. O decreto-lei de 1999, tal como os que o precederam, consagra as regras gerais em matéria de incentivos à mobilidade de recursos humanos na Administração Pública, incluindo o subsídio de residência. O legislador pretendeu, quer com o Decreto-Lei n.º 190/99 quer com o que o precedeu, o Decreto-Lei n.º 45/84, consagrar um sistema de incentivos à mobilidade do pessoal da função pública abrangido pelo regime geral, sendo irrelevante, para o que aqui importa, o critério adoptado – zonas de periferia ou serviços carenciados – critério esse de natureza instrumental e adaptável às mutações verificadas na mobilidade ao longo das últimas décadas.

22. Ora, configurando-se uma relação de especialidade entre o decreto-lei de 1951 e o decreto-lei de 1999, e os que o precederam, a regra consagrada no Código Civil é de que “lei geral não revoga lei especial, excepto se for outra a intenção do legislador”. E, entende o Ministério das Finanças, que, neste caso, foi intenção do legislador revogar o decreto-lei de 1951, pois, com o Decreto-Lei 190/99 pretendeu-se “regular totalmente a matéria dos incentivos à mobilidade”. Porém, tal argumento não nos parece procedente.

23. Por um lado, é o próprio legislador que determina que o Decreto-Lei n.º 190/99 não regula totalmente a matéria, ao consagrar no n.º 3 do art. 5.º a subsistência de legislação própria nas carreiras de regime especial. Por outro lado, a proceder o argumento invocado, daí teria, necessariamente, de se extrair a conclusão de que o Decreto-Lei n.º 38477 já estaria há muito revogado, pelo menos desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 45/84, de 3 de Fevereiro. De facto, já neste diploma se regulava a atribuição de subsídio de residência, enquadrando-o como um incentivo à mobilidade de recursos humanos na Administração Pública. As diferenças entre este decreto-lei e o diploma de 1999, que o revogou, assentam nos conceitos utilizados, o que, em nada, determina uma diferente conclusão sobre a revogação tácita, ou não, de leis especiais existentes. E que não se invoque o n.º 5 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 190/99 para sustentar diferenças, pois para além do já referido supra (ponto 18), sempre se diria que o art. 14.º do Decreto-Lei n.º 45/84 consagra a mesma regra: a aplicação destes diplomas às regiões autónomas far-se-á mediante diploma legislativo regional que o adapte às especificidades próprias da Administração Regional.

24. Assim, sem prejuízo do arquivamento do presente processo, permita-me V. Ex.^a que chame a atenção para a necessidade de, face ao argumentos aqui aduzidos, reponderar a interpretação relativa aos efeitos da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 190/99, face aos anteriores diplomas legais que consagram regras especiais em matéria de subsídios de residência, designadamente o Decreto-Lei n.º 38477, ou revogar expressamente os diplomas que, no entendimento dos serviços de V. Ex.^a, estão tacitamente revogados. É que, permita-me salientar, os valores da certeza e segurança jurídica impõem ao legislador que, quando pretenda estabelecer regras uniformes sobre uma determinada matéria, declare a prevalência do novo diploma sobre quaisquer disposições especiais em contrário, o que não se verifica no caso em análise.

R-2328/02

Assessor: Elisa Morgado

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Oeiras

Assunto: Progressão de um operário semiqualficado.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a, com base em reclamação apresentada pelo Sindicato Nacional dos Trabalhadores da Administração Local, foi aberto processo na Provedoria de Justiça a propósito da situação salarial de um funcionário da Câmara Municipal de Oeiras, a quem não foi concedida, na primeira progressão ocorrida após 1 de Janeiro de 1998, a redução do tempo de serviço para progressão ao escalão imediato, prevista no n.º 9 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro.

2. Solicitada a colaborar no âmbito da instrução do referido processo, V. Ex.^a veio transmitir, atempadamente e de forma cabal, todos os elementos necessários à apreciação da questão suscitada, o que agradeço.

3. Podem, deste modo, dar-se como assentes os seguintes factos relevantes:

- a) funcionário foi nomeado como operário não qualificado em 29/1/90 e foi posicionado no escalão 1, índice 115;

- b) Em 29/1/94, progrediu ao escalão 2, índice 125;
- c) Em 29/1/98, progrediu ao escalão 3, índice 135;
- d) Por aplicação do artigo 20.º, n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, transitou para operário semiqualficado e, com efeitos a 1/1/98, ficou integrado no escalão 1, índice 125;
- e) Porque desta transição não resultou qualquer impulso salarial, foi-lhe considerado, para efeitos de progressão, todo o tempo de permanência no índice de origem, em aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 23.º do mesmo diploma;
- f) E assim, em 29/1/98, progrediu ao escalão 2, índice 135;
- g) Por último, e por aplicação do n.º 9 do artigo 21.º também do diploma em apreço, ficou posicionado no escalão 2, índice 135, com efeitos a 1/1/98.

4. A questão suscitada, como se enunciou, prende-se unicamente com este último posicionamento e traduz-se, portanto, em saber se houve correcta interpretação e aplicação do n.º 9 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro.

4.1. Sustentou V. Ex.^a, em suma, que o legislador, ao conceder nesta norma a redução de dois anos do tempo de serviço necessário para progressão ao escalão seguinte na primeira progressão que ocorrer após 1 de Janeiro de 1998, concede apenas a redução do *tempo serviço possível*, em função da situação particular de cada um e tendo em conta o limite temporal a que é feita reportar a eficácia do diploma.

Assim, no caso concreto, porque a mudança de escalão verificada em 29 de Janeiro de 1998 não pode deixar de corresponder à primeira progressão ocorrida após 1 de Janeiro de 1998, e atendendo a que é a esta última data que o diploma produz efeitos, aquele funcionário beneficia de uma redução efectiva de apenas alguns dias, pois esta progressão só poderá retroagir também à mesma data, isto é, a 1 de Janeiro de 1998.

4.2. Já o Sindicato Nacional dos Trabalhadores da Administração Local, invocando o artigo 9.º do Código Civil e o princípio da equidade interna estabelecido no artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, entende que o n.º 9 do citado artigo 21.º discrimina positivamente as situações nele consideradas e a redução que prevê não pode deixar de ser uma efectiva redução de dois anos, no caso, a partir da data de 29 de Janeiro de 1998.

5. O Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, aplicável à Administração Local pelo Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, veio estabelecer as regras sobre o ingresso, acesso e progressão nas carreiras e categorias de regime geral da Administração Pública, bem como as respectivas escalas salariais, consagrando ainda, em sede de disposições transitórias, normas para adaptação das situações já existentes.

Depois de no artigo 20.º definir as regras gerais de transição, veio, no artigo 21.º, regular situações especiais, em particular a dos “actuais operários não qualificados posicionados nos escalões 2.º a 7.º”, estatuidando que a estes “é reduzido em dois anos o tempo de serviço necessário para progressão ao escalão imediato na primeira progressão que ocorrer após 1 de Janeiro de 1998” (cfr. respectivo n.º 9).

5.1. Começo por aceitar que o enquadramento salarial definido ao funcionário em 29 de Janeiro de 1998 corresponde à primeira progressão após 1 de Janeiro de 1998. Como V. Ex.^a bem referiu, e à luz do disposto no artigo 29.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e no n.º 1 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, não pode ser dada designação diversa à “mudança de escalão na mesma categoria” em função da “permanência no escalão imediatamente anterior” de determinado módulo de tempo.

5.2. Mas devo também sublinhar que é desde logo a literalidade da norma do n.º 9 do artigo 21.º em análise que torna indefensável a interpretação sustentada por V. Ex.^a. Na verdade, não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal ainda que imperfeitamente exposto, devendo presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, sem utilizar palavras inúteis ou impor soluções impossíveis (cfr. artigo 9.º do Código Civil).

5.3. Para determinar o sentido dessa norma, não pode pois desprezar-se o elemento literal. E porque nela se estatui, de forma categórica, que é reduzido em “dois anos o tempo de serviço necessário para progressão ao escalão imediato, na primeira progressão que ocorrer após 1 de Janeiro de 1998” a todos os “actuais operários não qualificados posicionados nos escalões 2.º a 7.º”, concluiu-se que tem de consubstanciar afinal uma norma de contagem de tempo de serviço, significando que, na primeira progressão após 1 de Janeiro de 1998, aqueles que eram operários não qualificados nos esca-

lões em questão alcançam dois anos de tempo de serviço para progressão ao escalão imediato.

Retomando o caso deste funcionário, na progressão verificada em 29 de Janeiro de 1998, que configurou então a primeira progressão após 1 de Janeiro de 1998, deveria ter sido reconhecido o direito à redução de dois anos do tempo necessário para a progressão ao escalão imediato. E, portanto, como reclama o Sindicato Nacional dos Trabalhadores da Administração Local, teria direito a progredir ao escalão 3, índice 145, logo em 29 de Janeiro de 2000.

É esta interpretação que, de facto, garante a todos uma redução de dois anos, inequivocamente decidida pelo legislador para os que eram operários não qualificados e se encontravam nos escalões enunciados, o que, aliás, bem se compreende se considerarmos que a nova escala foi estruturada com índices idênticos aos que correspondiam a tais escalões (cfr. escala consagrada Anexo I do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, para o operário não qualificado, e n.ºs 5 e 6 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, e escala fixada para o operário semiqualificado, no Anexo deste diploma).

E é, de resto, a que respeita o espírito do diploma que “não visando a criação de um novo sistema de carreiras, nem um novo sistema retributivo para a função pública” quis ainda assim “introduzir mais justiça relativa ao sistema vigente, dando-lhe coerência e equidade” (cfr. preâmbulo). Neste espírito, não se encontra qualquer razão que permita restringir o que foi estatuído de modo unívoco, com absoluto desrespeito pela letra da lei e em grosseira violação do princípio fundamental da igualdade. Não faz qualquer sentido que, estabelecendo o legislador que reduz a todos dois anos completos no tempo de serviço para certa progressão, essa redução venha depois a variar, podendo traduzir-se num dia, num mês ou em dois anos, em função das particularidades de cada caso e, designadamente, da data em que ocorre a “primeira progressão após 1 de Janeiro de 1998”.

5.4. Por outro lado, para a afastar não procede o argumento de que os efeitos da transição se reportariam então a um momento anterior ao da eficácia do citado Decreto-Lei n.º 404-A/98.

Em bom rigor, já não se trata aqui dos efeitos da transição, da qual cuidaram os n.ºs 5 e 6 do citado artigo 20.º — “a transição dos funcionários integrados nas carreiras de operário não qualificado faz-se para a mesma categoria da carreira de operário semiqualificado (...)” e é efectuada “para o esca-

lão a que corresponda, na estrutura da categoria, índice remuneratório igual ou, se não houver coincidência, índice superior mais aproximado” –, mas sim de uma regra especial que confere determinado tempo de serviço, na primeira progressão que ocorrer após 1 de Janeiro de 1998, para progressão ao escalão imediato da escala salarial.

Além de que, a circunstância de a eficácia de o diploma se reportar a 1 de Janeiro de 1998 não obsta a que, para certos efeitos, se possa dar relevância a tempo de serviço anterior, como o faz o n.º 3 do artigo 23.º do mesmo Decreto-Lei n.º 404-A/98, e que V. Ex.^a não deixou de aplicar, considerando que o funcionário transitou para a carreira de operário semiqualificado e ficou posicionado no escalão 1, índice 125, “com efeitos desde 29/1/94”.

6. Nestes termos, mostrando-se violado o disposto no n.º 9 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, não pode deixar de merecer reparo a decisão que desatende o pedido de correcção do posicionamento remuneratório do funcionário.

R-3928/02

Assessor: Elisa Morgado

Entidade visada: Presidente do Instituto Politécnico de Setúbal

Assunto: Equivalência e reconhecimento de habilitações estrangeiras de nível superior.

Como é do conhecimento de V. Ex.^a, foi dirigida uma queixa ao Provedor de Justiça, na qual se suscitou a questão da diferente valoração atribuída à titularidade do grau de mestrado ou equivalente e à posse do reconhecimento de diploma ao nível desse mesmo grau académico, no âmbito de concursos documentais para recrutamento de professores-adjuntos da carreira do pessoal docente do ensino superior politécnico, a exemplo do que sucedeu nos concursos abertos através dos Editais n.º 406/2001 e n.º 702/2001, publicados, respectivamente, nos Diários da República, II Série, n.º 132, de 7 de Junho de 2001, e n.º 246, de 23 de Janeiro de 2001.

A respeito desta questão, V. Ex.^a veio oportunamente prestar os esclarecimentos constantes do ofício, que desde já agradeço, sustentando, em suma,

a legalidade dessa valoração em razões todas elas reconduzíveis ao princípio constitucional da igualdade, na vertente de que a situações diferentes deve ser dado tratamento distinto.

Por considerar, todavia, que se ignorou o que, no caso, se revela essencial, ou seja, que o reconhecimento da habilitação ao nível do grau académico de mestrado foi concedido, nos termos legalmente estabelecidos e nunca postos em causa, sem quaisquer restrições para efeitos académicos ou profissionais, entendo dirigir-me agora a V. Ex.^a, dando conta de que tais razões, sendo válidas em si mesmas, são todavia improcedentes para a defesa da posição assumida.

Começo por salientar que, muito embora, à luz do regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 283/83, de 21 de Junho, equivalência e reconhecimento de habilitações estrangeiras de nível superior sejam, na verdade, institutos jurídicos distintos, não se pode pretender que essa distinção se repercuta necessariamente ao nível dos respectivos efeitos, de forma a poder afirmar-se que aqueles que decorrem do reconhecimento são sempre mais restritos ou limitados do que os que derivam da equivalência.

A esta conclusão conduz-nos forçosamente o estatuído nos artigos 1.º, 2.º, 14.º e 15.º do Decreto-Lei em questão.

Resulta destas disposições que a equivalência está prevista para as habilitações estrangeiras que correspondem a graus de idêntica natureza no Sistema de Ensino Superior Português e que o reconhecimento, por sua vez, está gizado para as habilitações relativamente às quais, neste sistema e na mesma área, não seja conferido grau ou diploma de nível correspondente ou, apesar de o ser, as habilitações apresentem dissemelhança de estruturas curriculares impeditiva da equivalência (cfr., respectivamente, n.ºs 1 dos artigos 1.º e 2.º, e n.ºs 1 e 2 do artigo 14.º).

Por outro lado, resulta também que se a equivalência tem sempre o valor e produz os efeitos correspondentes aos da titularidade do grau ou diploma a que foi concedida (cfr. artigo 2.º, n.º 1), o reconhecimento, substanciado na menção obrigatória do nível académico a que equivale na estrutura do Sistema de Ensino Superior Português (diploma de curso superior, bacharelato, licenciatura, mestrado ou doutoramento), tem os efeitos académicos e profissionais próprios desse nível, com ou sem restrições (cfr. artigo 15.º).

É assim claro que a distinção entre os institutos em causa assenta simplesmente na circunstância de existirem diferenças fundamentais na estrutura dos diversos sistemas de ensino superior e de, conseqüentemente, não haver uma correspondência ou identidade absoluta de graus académicos, ou de existirem cursos ou diplomas que, ainda que conferentes de graus académicos congêneres, apresentam estruturas curriculares dissemelhantes. Essa distinção porém não é, na sua essência, qualitativa e nada obsta, por isso, a que se encontre semelhança nos efeitos de cada um.

Na equivalência, estando sempre em causa habilitações de idêntica natureza/nível, é óbvio que os efeitos que se lhe atribuem hão-de ser, de imediato e necessariamente, aqueles que correspondem aos da titularidade do grau ou diploma a que foi concedida.

No reconhecimento, estando em causa habilitações de natureza/nível diferente, ou de natureza/nível congênere mas com estrutura curricular diferente, os seus efeitos têm de ser determinados, caso a caso, relativamente aos do grau académico ao qual é expressamente estabelecida a correspondência, e podem ou não vir a equivaler-lhes no seu todo.

O reconhecimento traduz-se, portanto, na atribuição ao curso estrangeiro de um nível de correspondência a um grau ou diploma do Ensino Superior Português, com referência explícita dos seus efeitos. Se lhe for atribuído o nível correspondente a um concreto grau académico, com a menção expressa de que os efeitos não sofrem qualquer restrição, nem académicas nem profissionais, é então de concluir que tais efeitos hão-de ser todos os que são próprios daquele mesmo grau. Nesse caso, o reconhecimento implica a certificação ou validação do respectivo diploma como um diploma conferente do grau em questão, devendo aos seus titulares ser assegurados os direitos que lhe são inerentes.

Os que beneficiaram de um reconhecimento a nível de mestrado, sem restrição de efeitos, devem pois ser considerados como possuidores de habilitação ao nível de mestrado, tanto para efeitos académicos, como para efeitos profissionais, e poder assim prosseguir estudos que exijam a posse deste grau e ser admitidos ao exercício de uma profissão que igualmente reclame a sua titularidade.

Além do mais, se assim não fosse, ficaria destituída de qualquer sentido útil a norma da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 283/83 já citado. Se o legislador tivesse pretendido, com os institutos jurídicos em causa, distinguir situações diversas nos moldes sustentados por

V. Ex.^a, então não colocaria na disponibilidade do órgão competente para conceder ou recusar o reconhecimento a definição dos efeitos deste acto, os quais, repete-se, podem não vir a sofrer qualquer limitação. Até porque pode nem sequer estar em causa o nível do grau obtido, mas tão somente a dissemelhança das estruturas curriculares.

Daqui decorre que, na ponderação do valor relativo das habilitações académicas apresentadas pelos candidatos nos concursos para recrutamento de professor-adjunto, é ilegítima, porque discriminatória, a atribuição de pontuação diferente ao grau de mestre e ao diploma reconhecido ao nível de mestrado sem restrição de efeitos, pois, nos termos do artigo 15.º mencionado, os titulares desse reconhecimento estão no mesmo plano de igualdade do que os que possuem aquele grau. Acresce que, ao pontuar de forma diferente habilitações que, nos seus efeitos, têm de ser consideradas idênticas, introduzem-se restrições que na sede própria foram expressamente afastadas.

E não é curial invocar a discricionarietà técnica de que gozam os júris dos concursos para legitimar todos e quaisquer critérios orientadores da sua actuação. Pois se é verdade que o júri goza de poder discricionário para fixar os critérios e factores de apreciação e valoração dos candidatos e que a sua actividade na apreciação do mérito destes é também discricionária, não é menos verdade que nem por isso lhe é permitido actuar no desrespeito dos princípios e preceitos legais aplicáveis no recrutamento e selecção de pessoal, designadamente no do princípio da igualdade.

E este princípio impede que se atribua valoração diferente à posse de um diploma a que foi facultado o reconhecimento ao nível de mestrado, sem quaisquer restrições, já que, com esse reconhecimento, ao mesmo diploma passam a corresponder os efeitos do grau académico em questão.

De resto, deve notar-se que a valoração nos termos em que foi estabelecida é contraditória com a própria decisão de admissão ao concurso.

No momento da apreciação das candidaturas, foi entendido que os candidatos, sendo detentores de reconhecimento de habilitações ao nível de mestrado, nos termos do Decreto-Lei n.º 283/83, de 21 de Junho, deviam ser admitidos ao concurso, porque preenchiam o requisito habilitacional fixado nos artigos 5.º e 17.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 185/81, de 1 de Julho, e que abrange tanto a equivalência *stricto sensu*, como o reconhecimento de habilitações.

Ora, porque o acto de admissão praticado traduz também uma afirmação da equivalência das habilitações, não pode em momento posterior vir a

interpretar-se essa equivalência restritivamente, recusando-se-lhe o valor que antes se lhe concedeu.

Estando, pois, reconhecidos determinados diplomas, nos termos legalmente exigidos, e tendo-lhes sido concedido o nível académico de mestrado, sem restrições de efeitos académicos ou profissionais, devem ser assegurados aos seus titulares todos os direitos inerentes a esse mesmo grau, o que implica a valoração dos diplomas nos mesmos termos deste.

Noto, por último, que esta perspectiva é válida quando está apenas em causa a posse de um grau académico e não de determinada habilitação. Ou seja, já será inquestionável a diferenciação criticada se as habilitações requeridas forem, não a posse de mestrado ou equivalente, mas a de determinado curso de mestrado ou seu equivalente, e sempre que se incorpore no aviso de abertura do concurso, e conseqüente processo decisório, o nível de detalhe e especificidade que se pretende para quem irá desempenhar o lugar que se pretende prover.

Levando assim ao conhecimento de V. Ex.^a estas considerações, permito-me sugerir que sejam adoptadas as medidas tidas por convenientes para que a posição restritiva que tem vindo a ser assumida por esse instituto seja alterada, no sentido de que a pontuação fixada pelos júris dos concursos para os candidatos possuidores de um dado grau académico deverá ser também a fixada para aqueles a quem haja sido facultado o reconhecimento de habilitações a nível académico idêntico, sem restrições de efeitos académicos ou profissionais.

R-284/03

Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Secretário de Estado do Desenvolvimento Económico
Assunto: INETI. Concurso. Supranumerários. Exclusão.

1. F..... apresentou, neste órgão de Estado, uma reclamação, também subscrita por outros interessados, relativa ao concurso interno de acesso limitado à categoria de investigador principal – concurso n.º 140/C-7/99 da área científica de biotecnologia – para provimento de dois lugares no quadro do Instituto Nacional de Engenharia e Tecnologia Industrial (INETI).

2. No âmbito da instrução do processo, foram solicitados esclarecimentos ao INETI e ao anterior Gabinete de S. Ex.^a o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Economia, os quais, em devido tempo, foram remetidos à Provedoria de Justiça. Considera-se, assim, concluída a instrução do presente processo, tendo sido recolhidos os dados suficientes à adopção de uma posição por parte deste órgão do Estado.

3. Conhecendo, o Gabinete de V. Ex.^a, a matéria de facto subjacente à presente reclamação, porque também carreada para o recurso hierárquico, sintetizar-se-ão aqui apenas os factos mais relevantes, tendo em vista chamar a atenção de V. Ex.^a para alguns aspectos do enquadramento jurídico efectuado.

4. Assim, o reclamante tomou posse como investigador auxiliar do INETI, com nomeação definitiva em lugar supranumerário, em 13 de Setembro de 1994. Decorridos cinco anos, em 23 de Setembro de 1999, o reclamante foi nomeado em lugar do quadro do mesmo instituto. Entre essas datas, em 19 de Fevereiro de 1999, o INETI abriu diversos concursos internos de acesso limitado à categoria de investigador principal, tendo o reclamante apresentado a sua candidatura ao concurso n.º 140/C-7/99, para provimento de dois lugares na área científica de biotecnologia.

5. O concurso prosseguiu os seus termos e, em 2 de Abril de 2001, foi publicada a lista de classificação final, na qual o reclamante constava em segundo lugar. A terceira classificada interpôs recurso desta deliberação do júri. O Presidente do INETI dá provimento ao recurso e, através do Despacho n.º 043/2001, de 18 de Outubro, foram revogados todos os actos do procedimento de concurso em causa, excepto o aviso de abertura do concurso e a entrega de candidaturas. Na sequência deste despacho, foi nomeado novo júri, o qual prosseguiu com o procedimento concursal.

6. O novo júri, cujo presidente era, tal como no anterior, o mesmo, reuniu a 18 de Julho de 2002 para elaborar a lista de candidatos admitidos e excluídos do concurso, na qual o ora reclamante surge como excluído. A fundamentação da decisão de exclusão assentou no acolhimento de um parecer da DGAP, com data de 18 de Janeiro de 1999, segundo o qual, “enquanto os lugares do quadro estiverem totalmente preenchidos, os investigadores auxiliares supranumerários não poderão candidatar-se a concursos internos de acesso limitados, ficando, de facto, impedidos de ser promovidos, uma vez que a lei apenas prevê o provimento em lugares supranumerários na categoria de investigador auxiliar e não nas outras categorias da carreira de investigação”.

7. Não se conformando com a decisão de exclusão, a qual se tornou definitiva por deliberação do júri de 27 de Janeiro de 2003, fundamentada num parecer jurídico da Coordenadora do Gabinete Jurídico do INETI exarado sobre a Informação n.º 204/2002 GJ (sendo de salientar que esta informação jurídica pronunciava-se no mesmo sentido que os argumentos do interessado), o ora reclamante interpôs recurso hierárquico para Sua Excelência o Ministro da Economia. Neste recurso, entre outros argumentos, sustentava-se que o júri do concurso n.º 140/C-10/99 para dois lugares de investigador principal do INETI noutra área – tecnologias de produção – admitiu nas vagas postas a concurso uma investigadora auxiliar em lugar supranumerário do quadro daquele Instituto.

8. Por Despacho n.º 179/2004 de S. Ex.^a o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Economia, foi o recurso hierárquico indeferido. A decisão de indeferimento vai no sentido oposto ao do Parecer n.º 29/GJ/03 da Secretaria-Geral do Ministério da Economia, no qual é exarada a decisão. Assim, entendeu S. Ex.^a o Secretário de Estado, baseando-se no parecer da DGAP, que “no caso em análise, dever-se-á considerar como coerente a exclusão do recorrente no concurso a um lugar de acesso (...)”.

9. O que está, fundamentalmente, em causa neste processo é a questão de saber se um investigador auxiliar, provido em lugar supranumerário, pode ser admitido a um concurso interno de acesso limitado à categoria de investigador principal.

10. Nada na lei o impede, pelo contrário. No caso concreto em apreciação, os critérios que delimitam o concurso interno de acesso limitado conjugados com o estatuto jurídico dos supranumerários do quadro de pessoal do INETI apontam no sentido de conferir a estes funcionários o direito a se candidatarem a tais concursos.

11. Assim, nos termos da alínea *b*) do n.º 4 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, o concurso interno de acesso limitado destina-se a funcionários pertencentes ao serviço ou quadro único para o qual é aberto o concurso. Este artigo é suficientemente claro, na nossa perspectiva, relativamente ao universo de legítimos candidatos a esta modalidade de concurso público, sendo indiferente, para efeitos do que consagra esta disposição normativa, saber se esses investigadores estão nomeados em lugar do quadro ou estão nomeados em lugar de quadro supranumerário. É que, em qualquer dos casos, não é controversa a conclusão de que esses investigadores são fun-

cionários pertencentes ao serviço, tal como resulta do quadro jurídico que regula a carreira de investigação.

12. Assim, nos termos do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 219/92, têm acesso à categoria de investigador auxiliar os assistentes de investigação com um mínimo de três anos de efectivo serviço na categoria, que obtenham aprovação nas respectivas provas ou se encontrem habilitados com doutoramento na área considerada adequada pelo CRAF. Determina, ainda, o n.º 4 do art. 12.º que, obtida a aprovação nas respectivas provas, os assistentes de investigação são imediatamente providos na categoria de investigador auxiliar, ficando providos em lugares supranumerários, caso não haja lugar no quadro. O modo de provimento dos investigadores auxiliares é, nos termos do n.º 1 do art. 13.º, a nomeação a título definitivo.

13. A situação jurídica dos investigadores auxiliares, provisoriamente colocados em lugar supranumerário, não nos parece, nos termos do respectivo enquadramento jurídico, controversa. São funcionários públicos, nomeados a título definitivo, para exercer funções próprias e permanentes de um serviço público. O facto de ocuparem um lugar supranumerário decorre directamente da utilização de um mecanismo legal de natureza gestonária e, em qualquer caso, excepcional, o qual não altera o estatuto jurídico dos investigadores auxiliares.

14. O argumento sustentado pelo INETI de que “ao actuar como actuou o júri agiu no respeito pela legalidade pois sendo o quadro de pessoal do INETI de dotação global, os candidatos já pertencentes ao quadro e eventualmente aprovados em concurso, poderiam transitar para a categoria imediatamente superior sem necessidade de existência de vagas, visto utilizarem o mesmo lugar para a categoria de promoção, o que não acontece com o pessoal colocado em lugar supranumerário” confunde, em nosso entendimento, a dimensão jurídica com a dimensão gestonária da situação.

15. Assim, juridicamente não existem, tal como já referido, fundamentos que permitam sustentar a não admissão a concurso interno de acesso limitado de investigadores colocados em lugares supranumerários, nem ao nível do quadro jurídico relativo aos concursos na função pública, nem no âmbito do estatuto da carreira de investigação. Existem, de facto, questões de natureza gestonária a resolver, nomeadamente as decorrentes do total preenchimento dos lugares de quadro do serviço. Porém, afigura-se manifestamente

desproporcional resolver essas questões através da limitação de direitos legítimos dos funcionários.

16. Assim, em nosso entendimento, as decisões adoptadas pelo INETI e pela tutela afiguram-se passíveis de um juízo de ilegalidade e de desproporcionalidade e eventual violação do princípio da igualdade. É que, dificilmente se descortinam quais os critérios ou justificação constitucional e legalmente relevante para a diferenciação entre investigadores auxiliares providos a título definitivo em lugar do quadro e investigadores auxiliares providos a título definitivo em lugar supranumerário, no que respeita ao direito de acesso à categoria de investigador principal, quando, no caso concreto, todos os requisitos legais de admissibilidade a concurso estão verificados.

17. Aliás, segundo alega o reclamante e tal como parece decorrer dos documentos que o mesmo juntou a este processo, verifica-se, em concreto, a violação do princípio da igualdade, pois o júri de um dos concursos que o INETI abriu em simultâneo no 19 de Fevereiro de 1999 – o concurso n.º 140/C-10/99 da área científica de tecnologias de produção – admitiu a concurso interno de acesso limitado à categoria de investigador principal uma investigadora auxiliar colocada em lugar supranumerário, a qual viria a ser nomeada como investigadora principal do quadro do INETI (Aviso n.º 10 459/2001, publicado na II Série do DR, de 22 de Agosto).

18. Permita-me, assim, V. Ex.^a que chame a atenção para o que nos parece ser uma sucessão de decisões que violam a lei, a Constituição e os direitos fundamentais do reclamante, agravado pelo facto de, em nosso entendimento, o despacho proferido no âmbito do recurso hierárquico estar insuficientemente fundamentado, pois que proferido em sentido contrário ao parecer jurídico no qual foi exarado e limitando-se a considerar como “coerente a exclusão do recorrente face ao parecer da DGAP e à posição assumida por outro consultor do gabinete”.

R-3120/03

Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de São Pedro do Sul

Assunto: Duração e horário de trabalho. Contrato a termo. Trabalho prestado em dias de descanso.

Como é do conhecimento de V. Ex.^a, foi apresentada uma reclamação na Provedoria de Justiça, relativamente à sua situação laboral ao serviço da Câmara Municipal de São Pedro do Sul.

Nos termos da reclamação apresentada, o reclamante celebrou um contrato de trabalho a termo certo com a câmara municipal, exercendo funções de auxiliar de acção médica no Centro Termal. Segundo alega, a entidade visada na reclamação “não cumpre os preceitos legais em matéria de horários de trabalho, nomeadamente em matéria do direito aos dias de descanso semanal e de descanso complementar e do limite máximo de 35 horas semanais de trabalho que deveria fazer. Por outro lado, nos termos da reclamação, não estava a ser pago o subsídio de refeição referente ao sábado e ao domingo.

A coberto do vosso ofício de 16 de Outubro de 2003, informaram que, nos termos contratuais, o horário de trabalho do reclamante é de 35 horas semanais e que o horário havia sido dividido em dois períodos, um de manhã (entre as 7h e as 13h) e outro à tarde (entre as 15h e as 20h), de 2.^a feira a sábado. Ao domingo o horário era das 7h às 13h. Nos termos do vosso ofício “os grupos de trabalho constituídos alternam em cada semana o seu horário de trabalho, assegurando os serviços ora de manhã numa semana, ora de tarde na semana imediatamente a seguir e assim sucessivamente, sendo em cada semana atribuído um dia de folga. Considerando o horário efectuado e a média de duas semanas de trabalho, constata-se que os trabalhadores só prestam 34 horas semanais”.

Porém, ao contrário do que afirma V. Ex.^a, a leitura das folhas de registo da assiduidade do reclamante evidencia a existência de períodos de trabalho superiores ao consagrado na lei. Assim, a título de exemplo, entre 28 de Março e 4 de Abril de 2003, o ora reclamante trabalhou 8 dias seguidos sem qualquer dia de descanso e prestou mais do que as 34 horas semanais referidas por V. Ex.^a No mês seguinte, o reclamante trabalhou 12 dias seguidos, entre 5 e 16 de Maio, sem qualquer dia de descanso, prestando, evidentemente, mais do que 34 horas semanais.

A modalidade de horário adoptada pelo Centro Termal consubstancia o trabalho por turnos, consagrado no art. 20.º do Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de Agosto. Nos termos do n.º 2 deste artigo, a prestação de trabalho por turnos deve obedecer às regras aí previstas, nomeadamente a de que não podem ser prestados mais de seis dias consecutivos de trabalho e a de que não

podem ser prestadas mais de cinco horas de trabalho consecutivo. Estas normas não foram cumpridas no caso do reclamante.

Relativamente ao pagamento do subsídio de refeição, o reclamante alega que nunca foram pagos os montantes referentes aos sábados e domingos, tendo esta Provedoria de Justiça questionado V. Ex.^a sobre esta questão no nosso ofício de 10 de Setembro de 2003. A coberto do vosso ofício de 4 de Março de 2004, informou V. Ex.^a que “ao reclamante foi-lhe pago o subsídio de refeição, de férias e de Natal. No termo do contrato foi-lhe ainda pago a compensação por caducidade de contrato nos termos legais”.

Ora, o reclamante nunca alegou que não lhe era pago o subsídio de refeição, mas sim que apenas haviam sido processadas as quantias relativas aos dias da semana. Apesar de ter sido colocada, de modo expresse, a questão do subsídio de refeição aos sábados e domingos, não é possível, a partir das folhas de comprovativo das remunerações pagas, remetidas por V. Ex.^a, concluir pelo pagamento, ou não, dos montantes respectivos. Assim, caso não tenha sido pago o subsídio de refeição relativo a sábados ou domingos em que o reclamante tenha prestado trabalho deve, verificados que estejam os requisitos consagrados no n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 57-B/84, de 20 de Fevereiro, V. Ex.^a regularizar a situação.

Concluída a instrução do presente processo, e sem prejuízo do seu arquivamento, permita-me V. Ex.^a que chame a atenção para a necessidade de serem cumpridas, com rigor, as normas reguladoras da relação jurídica de emprego na Administração do Estado. Não é admissível, por exemplo, que contratados a termo trabalhem períodos de 12 dias seguidos, sem qualquer dia de descanso. Tal configura uma evidente violação da lei por parte da entidade empregadora, que, por ser um ente público, se afigura particularmente censurável.

R-3338/03

Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Conselho de Administração do Hospital de São Teotónio, S.A.

Assunto: Diagnóstico e terapêutica. Funções de coordenação. Habilitações exigíveis.

1. Um técnico principal de análises clínicas a exercer funções no Hospital de São Teotónio, S.A. – Viseu – apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça relativamente à decisão do conselho de administração daquele hospital de indeferir o seu pedido de nomeação para coordenador do Laboratório de Patologia Clínica.

2. Alega o reclamante que a decisão em causa viola o disposto no n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro, pois a funcionária que, actualmente, se encontra a exercer as funções de coordenação não preenche os requisitos legais, ao contrário do ora reclamante, na medida em que não possui habilitações equivalentes a licenciatura.

3. Nos termos da reclamação apresentada, a referida técnica coordenadora, é titular de um curso complementar de ensino e administração, concluído em Março de 1993, na Escola Técnica dos Serviços de Saúde de Coimbra. Ora, nos termos consagrados na parte final do n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro, o técnico coordenador tem de “estar habilitado com o Curso de Estudos Superiores Especializados em Ensino ou Administração, o Curso Complementar de Ensino ou Administração (...) conferentes do grau de licenciado ou seu equivalente legal”.

4. No âmbito da instrução do processo foram solicitados esclarecimentos à entidade visada. A coberto dos ofícios de 4 Novembro de 2003 e de 26 Janeiro de 2004, o Conselho de Administração do Hospital de São Teotónio veio informar a Provedoria de Justiça da fundamentação do indeferimento do pedido do ora reclamante.

5. Assim, por Despacho de 23 de Abril de 2004 do administrador delegado, o pedido do ora reclamante foi indeferido porque “a designação da técnica especialista de 1.ª classe como coordenadora é válida. Esta técnica é titular da categoria mais elevada da carreira e está habilitada com o Curso Complementar de Ensino e Administração, pelo que possui os requisitos profissionais e habilitacionais exigidos no art. 11.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro (...)”.

6. Nos termos da informação do Gabinete Jurídico do Hospital de São Teotónio, S.A., datada de 6 de Janeiro de 2004, com a qual concordou o presidente do conselho de administração, a coordenadora nomeada está habilitada com o curso complementar de ensino e administração. Nos termos do ponto 3 da citada informação jurídica, “no seu processo individual não existem elementos elucidativos sobre se tais cursos conferem o grau de licenciado

ou seu equivalente legal”. Ainda que admitindo este facto, conclui a informação jurídica que “nos termos da legislação em vigor, a mesma preenche os requisitos para a sua nomeação de coordenadora”.

7. Face às informações existentes e ao caso concreto em análise, foi solicitado ao Departamento de Modernização e Recursos da Saúde que informasse se ao curso complementar de ensino e administração foi atribuída equivalência legal a licenciatura para efeitos do consagrado na parte final do n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro.

8. A coberto do ofício de 3 de Fevereiro de 2004, o Director-Geral daquele Departamento do Ministério da Saúde veio informar que “por si só, tal curso não é conferente do grau de licenciado ou equivalente. Porém, no contexto dos mecanismos supletivos de equiparação e de equivalência regulados pelos Decretos-Leis n.º 280/97 e n.º 281/97, ambos de 15 de Outubro, o Curso Complementar de Ensino e Administração pode ser considerado, na valoração da formação contínua, para efeitos de obtenção do grau de bacharel ou como habilitação cumulativa para efeitos de reconhecimento da titularidade do diploma de estudos superiores especializados (...). Do mesmo modo, o art. 3.º da Portaria n.º 958/2000, de 6 de Outubro, determina que é reconhecida a titularidade do Diploma de Estudos Superiores Especializados aos titulares do grau de bacharel que sejam simultaneamente detentores do Diploma de Curso Complementar de Ensino e Administração, criado pela Portaria n.º 549/86, de 24 de Setembro”.

9. Assim, conclui o Director-Geral do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde que “nos termos da lei, encontra-se prevista a possibilidade de poder ser reconhecida a titularidade do Diploma de Estudos Superiores Especializados aos titulares do grau de bacharel que sejam simultaneamente detentores do Diploma de Curso Complementar de Ensino e Administração”.

10. Perante os esclarecimentos prestados por este Departamento do Ministério da Saúde e porque não foi possível apurar se à coordenadora visada foi, ou não, reconhecida a titularidade do Diploma de Estudos Superiores Especializados, foram solicitados esclarecimentos nesse sentido ao Hospital de São Teotónio.

11. A coberto do ofício de 3 de Agosto de 2004, V. Ex.^a veio responder às solicitações da Provedoria de Justiça, informando do entendimento do Conselho de Administração do Hospital relativamente à norma consagrada no

n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 564/99. Assim, “a norma em causa estabelece o conjunto de requisitos legais que devem presidir à designação do trabalhador que exercerá o cargo de técnico coordenador. Tais requisitos, cumulativos, são: 1) técnico de categoria mais elevada; 2) possuidor de grau de licenciatura ou equivalente legal; 3) possuidor de formação pós-graduada em áreas da gestão ou administração (...)”.

12. Face a este enquadramento, o referido ofício não informa, porém, se a coordenadora em funções à data da reclamação apresentada, a qual, segundo o reclamante não possuía licenciatura ou equivalente legal, preenchia, ou não, o requisito apontado no n.º 2 da resposta contida no referido ofício.

13. Perante todos os dados recolhidos no âmbito da instrução do presente processo, afigura-se que deve cessar a intervenção deste órgão de Estado, chamando a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de assegurar uma adequada aplicação das normas contidas no artigo 11.º do referido n.º Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro.

14. Assim, na supra citada informação do Gabinete Jurídico do Hospital de São Teotónio, S.A., datada de 6 de Janeiro de 2004, transcreve-se, no ponto 1 o citado n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 564/99, cuja parte final consagra expressamente a expressão “conferentes do grau de licenciado ou seu equivalente legal”, reportando-se aos cursos aí descritos. A coordenadora nomeada está habilitada com o curso complementar de ensino e administração. Nos termos do ponto 3 da citada informação jurídica, “no seu processo individual não existem elementos elucidativos sobre se tais cursos conferem o grau de licenciado ou seu equivalente legal”. Ainda que admitindo este facto, conclui a informação jurídica, conclusão com a qual o anterior Conselho de Administração V. Ex.^a concordou, que “nos termos da legislação em vigor, a mesma preenche os requisitos para a sua nomeação de coordenador”.

15. Ora, tal conclusão não decorre do actual quadro jurídico. É que, por si só, tal curso não é conferente do grau de licenciado ou equivalente, requisito que a lei exige no citado n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 564/99. É necessário que os detentores de tal habilitação tenham utilizado os mecanismos de equiparação e de equivalência consagrados no Decreto-Lei n.º 281/97, de 15 de Outubro, e Portaria n.º 958/2000, de 6 de Outubro. Neste sentido vai, saliente-se, a interpretação do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde.

16. Nestes termos, permita-me V. Ex.^a que chame a atenção para o facto de, a confirmar-se que a coordenadora em funções não possui a equivalência legal prevista na lei, tal situação consubstancia uma violação do disposto no n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 564/99, pelo que deve esse Conselho de Administração proceder de modo a repor a legalidade.

R-3965/03

Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Hospital da Nossa Senhora da Oliveira – Guimarães, S.A.

Assunto: Contrato a termo. Caducidade. Direitos fundamentais. Direito ao bom nome e reputação.

F., apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça relativamente à actuação da Chefe dos Serviços Gerais e da Administração do Hospital da Senhora da Oliveira.

Da reclamação apresentada e dos documentos juntos, constata-se que o reclamante recebeu o ofício de 23 de Julho de 2003, remetido pelo conselho de administração do hospital, no qual era comunicada a decisão de não renovação do contrato individual de trabalho, pelo que cessaria funções no dia 4 de Agosto de 2003. Em anexo a este ofício vinha uma informação assinada pela Chefe de Serviços Gerais do Hospital dirigida ao Administrador Hospitalar, sob a qual foi exarado o despacho de não autorização de renovação do contrato individual de trabalho.

A citada informação contém acusações graves ao ora reclamante. Assim, pode ler-se na citada informação, cujo assunto é “prorrogação ou substituição de um auxiliar de acção médica”, neste caso do reclamante, que “este elemento não tem prestado um bom serviço à instituição. Em relação aos utentes a postura não tem sido correcta, por diversas vezes os utentes que recorrem à urgência têm-se queixado que lhes roubam dinheiro. Não conseguimos apurar que tenha sido o F....., mas coincidia nos horários em que este Sr. estava sempre de serviço (...). Posto tudo isto, não deveria ser prorrogado o seu contrato. Possui como habilitações literárias apenas a 4.ª classe”.

Tendo sido solicitados esclarecimentos sobre a matéria exposta, veio V. Ex.^a informar, a coberto do ofício HSO de 19 de Dezembro de 2003, que “sobre os factos contidos na referida informação da Chefe dos Serviços Gerais do Hospital, nada foi promovido quanto aos mesmos, por não lhe ter sido atribuída qualquer consistência. Por outro lado, atenta a instabilidade da conjuntura ao nível dos recursos humanos no hospital, com recurso a desempregados afectos ao IEFP não afastamos a possibilidade de o reclamante vir a ser contactado para novo contrato”.

Ora, sem prejuízo do arquivamento do presente processo, permita-me V. Ex.^a que chame a atenção para a gravidade da situação em causa, que coloca em causa o direito fundamental de qualquer cidadão ao bom nome e reputação, consagrado na n.º 1 do art. 26.º da Constituição da República Portuguesa.

É que, perante as acusações graves, sustentadas por escrito em documento oficial do hospital, o respeito pelo bom nome e dignidade do reclamante impunha, que o conselho de administração, enquanto órgão responsável pelo bom funcionamento dos serviços, averiguasse de imediato as acusações formuladas pela Chefe dos Serviços Gerais e, caso concluísse, como parece ter concluído, pela improcedência das mesmas, adoptasse as devidas providências legais, nomeadamente de natureza disciplinar, contra a referida dirigente.

Com efeito, ao proceder da forma descrita, a Chefe dos Serviços Gerais violou todas as regras fundamentais de respeito e correcção para com o ora reclamante, colocando seriamente em causa o seu bom nome e dignidade, incorrendo em responsabilidade disciplinar. Tal atitude não pode deixar de ser objecto de veemente censura.

R-5/04

Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Director-Geral de Fiscalização e Controlo da Qualidade Alimentar

Assunto: Contratação de prestadores de serviços para o exercício de funções inspectivas.

1. O Sindicato dos Quadros Técnicos do Estado dirigiu queixa ao Provedor de Justiça, alegando que, no âmbito da Direcção-Geral de Fiscalização e Controlo da Qualidade Alimentar (DGFCQUA), tem vindo a ser admitido pessoal segundo o regime jurídico do contrato de avença para o exercício da actividade subordinada própria das carreiras de inspecção, em desrespeito da lei e com prejuízo para uma adequada actuação pública no âmbito do controlo e fiscalização da qualidade alimentar, por virtude da não sujeição dos respectivos prestadores de serviços aos deveres, designadamente, de confidencialidade, obediência e exclusividade.

2. Sobre o assunto, informou V. Ex.^a que foram celebrados, no âmbito do Serviço que dirige, seis contratos de avença para “apoio técnico especializado” aos “serviços de fiscalização da DGFCQUA”, funcionando “à semelhança de um assessor, auditor ou de um perito, acompanhando-os nas suas acções” (ponto 1 do v/ofício, de 4 de Março).

2.1. Esclareceu que tais contratos correspondem a decisões de gestão de recursos humanos escassos para assegurar o exercício de funções de fiscalização e controlo, cuja falta afecta a capacidade de actuação do Estado em matéria de segurança alimentar (ponto 1 do v/ofício, de 4 de Março).

2.2. Analisado o exemplar de contrato de avença que é usado, verifica-se:

- a) ser nele fixado, ao contraente privado, um local de trabalho: “todo o território nacional e se necessário no estrangeiro” (cláusula segunda do contrato);
- b) a cláusula quinta prevê o pagamento dos encargos, ao contraente privado, com as “deslocações realizadas ... para fora da sede do primeiro [outorgante, a DGFCQUA] ... nas mesmas condições e até aos montantes fixados para os funcionários e agentes do Estado” (parágrafo segundo da cláusula quarta do contrato);
- c) em matéria de horário de trabalho, é estipulado o regime de disponibilidade permanente (cláusula segunda do contrato);
- d) a celebração do contrato de avença é justificado com a insuficiência do “número considerado suficiente, de técnicos possuidores das habilitações académicos e qualificações profissionais adequadas ao exercício das funções objecto de avença” (cláusula sexta).

3. Os elementos disponíveis e a consideração das características e regime jurídico dos trabalhos subordinado e autónomo, revelam que as relações jurídicas em causa não podem ser enquadradas no regime de trabalho autónomo. A celebração dos contratos de prestação de serviços mencionados surge como duplamente imprópria e ilegal: por um lado, porque é utilizado contrato de prestação de serviços, na modalidade de contrato de avença, para titular trabalho subordinado e, por outro lado, porque é aplicado ao exercício de funções inspectivas, que envolvem um particular *facere e modus operandi*. Vejamos:

3.1. “A celebração de contratos de prestação de serviços por parte da Administração só pode ter lugar nos termos da lei e para a execução de trabalhos com carácter não subordinado” (artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

O contrato de prestação de serviços é o contrato pelo qual um indivíduo, trabalhando por conta própria, se obriga a proporcionar a uma pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, “o resultado do seu trabalho intelectual ou manual”, ou a assegurar determinado serviço, sem sujeição à direcção e autoridade do segundo, designadamente, sem estar submetido às suas ordens e instruções e respectivo poder disciplinar. A pessoa contratada é alheio à organização de trabalho daquele, dela não fazendo parte, designadamente, não se integrando na respectiva cadeia hierárquica (cfr. citado artigo 10.º, n.os 1 e 2, e artigo 1154.º do Código Civil). Não constitui, deste modo, um título jurídico da relação de emprego público, cujo objecto se analisa sempre numa relação de trabalho subordinado.

Os parâmetros legais da celebração de tais contratos decorrem do próprio artigo 10.º, do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 299/85, de 29 de Maio, quanto às modalidades de contrato de tarefa e de contrato de avença, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, que estabelece o regime jurídico relativo à realização de despesas públicas com a locação e a aquisição de bens e serviços, e dos artigos do 1154.º e 1156.º do Código Civil.

No que respeita, em particular, ao contrato de avença caracteriza-se por “ter por objecto prestações sucessivas no exercício de profissão liberal” (artigo 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 41/84).

O conceito de profissão liberal é mais restrito do que os conceitos de prestador de serviços e de trabalhador independente, pois, para além da obri-

gação de resultados e do exercício da actividade por conta própria, só pode ser celebrado quando estiver em causa uma actividade de “carácter científico, artístico ou técnico, no âmbito de profissões cujo exercício pressupõe uma habilitação específica” (cfr. respectivamente, artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 328/93, de 25 de Setembro, e artigo 17.º, n.º 3, citado, assim como o Acórdão do Tribunal de Contas proferido no recurso extraordinário n.º 8/95, de 16 de Outubro de 1995, publicado no Diário da República, n.º 299, de 29 de Dezembro de 1995, pp. 8275 a 8278).

Quer o contrato de avença quer o contrato de tarefa estão “sujeitos a autorização prévia do membro do governo de que dependa o serviço contratante, a qual poderá ser delegada sem poderes de delegação” (n.º 7 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro).

3.1.1. Em face do exposto, é certo que, V. Ex.^a e os seus inferiores hierárquicos, não podem, designadamente:

- a) emanar ordens e instruções sobre os particulares parte nos contratos de avença celebrados;
- b) controlar os termos, conteúdo e modo, das respectivas prestações;
- c) exercer sobre os mesmos poder disciplinar;
- d) impor-lhes a observância de um local e tempo de tempo de trabalho;
- e) abonar, a quem trabalha por conta própria, “suplementos por compensação de despesas feitas por motivo de serviço”, como ajudas de custo e transporte.

3.1.2. No plano das consequências jurídicas, importa ter presente que:

- a) os contratos de prestação de serviços que envolvem “o exercício de actividades subordinadas” são nulos (n.º 6 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho), nulidade que é invocável a todo o tempo e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (artigo 286.º do Código Civil);
- b) os dirigentes que celebrem ou autorizem a sua celebração podem incorrer em responsabilidade civil, em responsabilidade disciplinar e em responsabilidade financeira – efectivada esta pela “entrega nos cofres do Estado do quantitativo igual ao que tiver sido abonado ao pessoal ilegalmente contratado” (n.os 7 e 8 do artigo 10.º

do Decreto-Lei n.º 184/89, e artigo 43.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro);

- c) que tal responsabilidade se pode ainda traduzir pela “cessação da respectiva comissão de serviço” (n.º 7, 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

3.2. Atenda-se, agora, à tipologia das funções que estão em causa e aos poderes cujo exercício envolve.

O exercício de funções próprias das carreiras de inspecção da Direcção-Geral de Fiscalização e Controlo da Qualidade Alimentar pressupõe a nomeação, após procedimento de selecção adequado, numa das respectivas categorias (artigos 3.º e 4.º do Decreto Regulamentar n.º 25/2002, de 5 de Abril, e artigos 30.º e segs. do Decreto-Lei n.º 98/97, de 26 de Abril).

Sem prejuízo, conquanto verificados os pressupostos aplicativos do *ius variandi*, (variação temporária e excepcional de funções diversas daquelas para que o trabalhador foi admitido) pode o “pessoal técnico superior, técnico, técnico-profissional e administrativo” ser afecto, “transitoriamente”, ao exercício de “funções de fiscalização”, na Direcção de Serviços de Fiscalização da Qualidade Alimentar (artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 98/97, de 26 de Abril).

A esta unidade orgânica, à qual “compete a coordenação e fiscalização do cumprimento das normas relativas à produção, preparação, confecção, acondicionamento, rotulagem, armazenagem, transporte e venda dos géneros alimentares, ingredientes e aditivos alimentares, bem como as relativas a materiais, embalagens e outros objectos destinados a entrar em contacto com os géneros alimentícios quando tenham sido lançados no mercado” (artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 98/97, de 26 de Abril).

Ao pessoal da carreira de inspector superior cabe, entre outras tarefas, as de “coordenar a actividade inspectiva, programando e ou executando acções de inspecção e controlo da qualidade e segurança alimentar no âmbito das atribuições da DGFCQA” e “exercer acções de vigilância sobre actividades suspeitas e promover os actos preventivos na salvaguarda da saúde dos consumidores” (artigo 3.º, n.º 1, alíneas *a*) e *c*), do Decreto-Lei n.º 25/2002, de 5 de Abril). Aos funcionários integrados na carreira de inspector técnico compete, entre outras tarefas, “realizar acções de inspecção e controlo da qualidade e segurança alimentar no âmbito das atribuições e competências da DGFCQA” e “exercer acções de vigilância no âmbito das atribuições da

DGFCQA” (artigo 3.º, n.º 2, alíneas *a* e *b*), do Decreto-Lei n.º 25/2002, de 5 de Abril). Ao pessoal da carreira de inspector-adjunto incumbe, designadamente, “coadjuvar os inspectores superiores e os inspectores técnicos na execução das suas tarefas, efectuando diligências de natureza inspectiva, de controlo e outras, no âmbito das atribuições da DGFCQA” (artigo 3.º, n.º 3, alínea *a*), do Decreto Regulamentar n.º 25/2002, de 5 de Abril).

As carreiras de inspecção superior e de inspecção são qualificadas, pela lei, como “próprias para o exercício de funções compreendidas no âmbito do poder de autoridade do Estado” (§ 2 do preâmbulo do Decreto Regulamentar n.º 25/2002).

De acordo com o n.º 4 do artigo 1.º do Decreto n.º 157/IX (que aprovou o regime jurídico sobre contrato de trabalho na Administração Pública), que aguarda promulgação,¹⁸⁵ “não podem ser objecto de contrato de trabalho actividades que impliquem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania”. Se é certo que o exercício de funções inspectivas não se reconduzem necessariamente ao âmbito da excepção ora referida – porquanto tal exige não um qualquer exercício de poderes de autoridade, mas um exercício directo de tais poderes e que o mesmo envolva a definição de situações subjectivas de terceiros –, a previsão revela o cuidado que deve merecer a disciplina jurídica de determinadas relações de trabalho na Administração em virtude da natureza das funções cujo exercício implica.

3.2.1. Para além da inadequação do contrato de prestação de serviços para assegurar o exercício das funções que vêm descritas, o recurso a este tipo contratual é susceptível de colidir com a exigência de um seu exercício imparcial. Com efeito, os particulares prestadores de serviço não estão abrangidos pelas incompatibilidades estabelecidas no artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 98/97, de 26 de Abril. Concretamente, não estão vinculados pela proibição de não exercício de “cargos de gerência, administração ou quaisquer outras funções, sejam ou não remuneradas, ao serviço de quaisquer entidades cuja actividade esteja sujeita à fiscalização da DGFCQA”. Para além de não obstar ao «pluriemprego» (o prestador de serviço trabalha por conta, podendo fazê-lo para mais do que uma entidade empregadora), o contrato de prestação

¹⁸⁵ Trata-se da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

de serviços admite a subcontratação, nos termos da qual “o prestador de serviços encarrega terceiros, não relacionados com o beneficiário da actividade, de executarem parte ou a totalidade da tarefa”, assim como “pode contratar assalariados” (Pedro Romano Martinez, “Trabalho subordinado e trabalho autónomo”, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Lisboa, 2001, pp. 290 e 291).

3.2.2. No plano da eficácia, também o exercício das funções em causa é susceptível de sair prejudicado. Os “proprietários, administradores, gerentes, directores, encarregados, ou os seus representantes, dos estabelecimentos e escritórios, associações, cooperativas, cantinas e demais locais sujeitos a inspecção” não estão obrigados perante os particulares – parte num contrato de prestação de serviços celebrados com o Estado – a, designadamente, facultar-lhes a entrada e permanência nos locais referidos, a apresentar-lhes documentação, livros de contabilidade, registos e quaisquer outros elementos, assim como não estão obrigados a prestar informações e declarações, mas apenas perante os trabalhadores a quem a lei habilita à prática de tais actos (artigo 40.º, n.º 2, alíneas *a* e *b*), e os artigos 34.º – “pessoal da carreira” – do Decreto-Lei n.º 98/97, de 26 de Abril). Neste quadro, podem os autos levantados pelos prestadores de serviços vir a ser questionados na sua legalidade, sem que se possa pretender contar com o desconhecimento dos autuados ou adulterar em face do público destinatário a qualidade de inspectores que tais prestadores não têm.

3.3. O estatuto do pessoal dirigente, recentemente publicado, entre outras alterações, veio atribuir relevância legal às chamadas regras da boa administração. Tal traduz-se no facto de, por exemplo, na “gestão dos recursos, financeiros, materiais e patrimoniais” ser devido não apenas o respeito dos “limites previstos nos respectivos regimes legais”, mas também de “critérios de qualidade, eficácia e eficiência” (artigo 7.º, n.º 1, alínea *d*), artigo 5.º, n.º 2, e artigo 3.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro).

4. Na medida em que o recurso ao contrato de prestação de serviços para assegurar a execução de trabalho subordinado redundava, necessariamente, no afastamento da protecção jurídica própria, designadamente, no que toca à atribuição de subsídio de férias e de Natal e ao âmbito da protecção social, não é de excluir que os prestadores de serviços diligenciem judicialmente pelo respectivo ressarcimento a título de enriquecimento sem causa (artigo 37.º, n.º 2, alínea *t*), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela

Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A72003, de 19 de Fevereiro), ademais estando excluído, como está, uma qualquer aplicação da solução (sanção) privatística da requalificação do contrato como contrato de trabalho, por força dos princípios fundamentais (da liberdade de candidatura, da igualdade e do mérito) que implicam uma concorrência leal e justa no acesso a um qualquer emprego público e por força da necessidade de assegurar a capacidade funcional e de prestação da Administração (artigos 13.º, 47.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, da CRP).

5. Nestes termos, impõe-se chamar a atenção de V. Ex.^a para os aspectos expostos e esperar que a situação venha a ser corrigida.

R-1153/04

Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Associação Humanitária dos Bombeiros Voluntários de Palmela

Assunto: Procedimento disciplinar. Anulação. Reintegração efectiva. Reconstituição da carreira.

Tal como é do conhecimento de V. Ex.^a, foi apresentada uma reclamação nesta Provedoria de Justiça por um conjunto de bombeiros do corpo dos Bombeiros Voluntários de Palmela, relativamente à actuação da Direcção da Associação Humanitária dos Bombeiros Voluntários de Palmela ao não proceder à reintegração efectiva ao serviço dessa instituição.

Nos termos da reclamação, a reintegração efectiva no corpo activo dos bombeiros, a qual decorre das decisões judiciais que vieram dar razão aos recursos apresentados de anulação de actos de natureza disciplinar, tem sido impedida com argumentos ilegais, em especial a recusa de distribuir as respectivas fardas e de proceder à realização dos seguros legalmente devidos.

No âmbito da instrução do presente processo, V. Ex.^{as} vieram informar a Provedoria de Justiça do entendimento adoptado, face às questões colocadas pelos ora reclamantes.

Assim, no que mais importa para a análise da reclamação apresentada, informam V. Ex.^{as} que os reclamantes “foram readmitidos naquele corpo de bombeiros por despacho do Sr. Comandante do Corpo de Bombeiros Voluntários de Palmela (...). Têm acesso a todas as áreas e actividades do quartel, nas quais têm participado. Quanto à questão do que os reclamantes designam de integração imediata e efectiva, que se refere à entrada nas escalas de serviço, informamos que tal só terá lugar depois de serem submetidos a um curso de reciclagem de setenta horas, conforme exigido pelo Sr. Coordenador Distrital de Bombeiros. Quanto aos fardamentos, foi admitido perante a Assembleia pelos ora reclamantes, que mantinham o equipamento que lhes foi distribuído e que nunca devolveram. Têm, portanto, em seu poder fardamento adequado, não havendo por isso lugar a entrega de novos. Quanto aos seguros, assim que a referida reciclagem esteja concluída, proceder-se-á à efectivação dos respectivos seguros de acidente”.

Em anexo ao ofício citado, foi junta cópia da Ordem de Serviço n.º 2003/01, da qual consta a readmissão ao serviço dos reclamantes, na sequência da sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, e cópia de documento no qual consta a fundamentação da decisão de submeter os reclamantes a um curso de reciclagem, a qual remete para o facto de terem estado cerca de 7 anos sem exercer actividade de socorro.

No ofício citado, relatam, ainda, V. Ex.^{as} diversos factos e acontecimentos ocorridos ao longo dos anos entre as partes, nomeadamente uma intervenção dos reclamantes “num programa de rádio local, cujo teor deu origem a um abaixo-assinado, de 22 de Novembro de 1995, de vários elementos do corpo activo dos bombeiros repudiando as afirmações produzidas pelos mesmos”.

Face ao exposto e tendo sido analisados os documentos existentes no presente processo, afigura-se que a situação em análise consubstancia um elevado nível de conflitualidade inter-pessoal e institucional, o qual tem vindo a agravar-se ao longo de quase dez anos. A alegação de não execução dos acórdãos do TAC de Lisboa e a resposta de V. Ex.^{as} são bem ilustrativas da situação exposta.

Assim, de um ponto de vista formal, afigura-se que a exigência de submissão a um curso de reciclagem profissional, feita pela hierarquia, na sequência da readmissão formal dos reclamantes ao serviço não consubstancia, necessariamente, uma não execução de sentença. A execução das decisões dos

tribunais administrativos anulatórias de actos administrativos traduz-se, na prática, por parte da Administração, dos actos jurídicos e operações materiais necessários à reintegração da ordem jurídica violada, reconstituindo, a favor do funcionário, a situação que actualmente existira se não tivesse sido praticado o acto ilegal. Se o acto anulado afectou o normal desenvolvimento da carreira de um funcionário, impõe-se reconstitui-la, reassumindo-se tudo o que nela seguramente ocorreria, na hipótese da ordem jurídica nunca ter sido violada. Por exemplo, na reconstituição da carreira de funcionário interrompida por aplicação de pena de demissão contenciosamente anulada, só se pode atribuir relevância a promoções relativamente às quais esteja excluída qualquer dose de aleatoriedade, como acontecerá, designadamente, com promoções exclusivamente dependentes do preenchimento de pré-determinados módulos de tempo de exercício de funções em categoria inferior (entre outros, Acórdãos STA, de 2 de Maio de 2002, de 2 de Outubro de 2001, de 8 de Novembro de 2000 e de 24 de Maio de 2000).

Daqui decorre que, integrados ao serviço para efeitos de carreira, nada impede a Administração de determinar a necessidade de reciclagem profissional, tendo em vista uma actualização de conhecimentos, por parte dos funcionários e agentes que exercem funções de interesse público. Porém, tal não pode, materialmente, consubstanciar uma situação de não exercício efectivo de funções, no caso concreto através da não integração dos reclamantes nas escalas de serviço, por tempo indefinido ou desproporcionalmente longo. É que, a adoptar-se tal via, na prática isso levaria, de facto, à não execução das sentenças anulatórias da pena de demissão.

Face ao exposto, e sem prejuízo do arquivamento do presente processo, permita-me V. Ex.^a que chame a atenção para a necessidade de dar cumprimento integral às sentenças de anulação dos actos de demissão dos reclamantes, o que passa, necessariamente, pela sua integração nas escalas de serviço. Permita-me, ainda, V. Ex.^a que saliente a importância, também realçada em ofício dirigido aos reclamantes, de recorrer a todas as medidas reputadas adequadas a uma estabilização e, diria mesmo, pacificação das relações inter-pessoais e institucionais no corpo de bombeiros voluntários dessa associação.

Entidade visada: Director Nacional da Polícia de Segurança Pública

Assunto: Sindicato dos Profissionais de Polícia (SPP/PSP) – Processo disciplinar – Aplicação de pena disciplinar de suspensão – Direito à assistência na doença.

1. Tendo por base uma reclamação oportunamente deduzida pela organização representativa acima identificada, foi aberto na Provedoria de Justiça um processo para apreciar a regularidade e a justeza da actuação administrativa assumida pelo Comando Metropolitano da PSP de Lisboa – Comando da Divisão de Loures – no âmbito de um processo disciplinar instaurado contra um agente da Divisão de Loures colocado na 90.^a Esquadra de Vila Franca de Xira e, bem assim, quanto aos efeitos da pena disciplinar de suspensão que ao mesmo agente foi aplicada a final deste procedimento disciplinar.

2. Não será despidiendo recordar a V. Ex.^a que a argumentação invocada pela entidade reclamante assentava essencialmente na tentativa de associar o comportamento infractor apurado no aludido processo disciplinar ao consumo excessivo de álcool, doença que alegadamente dificultaria a integração do mesmo agente na sua vida profissional e afectava a sua capacidade para avaliar a ilicitude dos factos disciplinarmente relevantes que lhe foram imputados.

3. Efectuada que foi a análise da situação jurídica suscitada à luz dos esclarecimentos entretanto aduzidos aos autos pelos competentes serviços do Comando Metropolitano de Lisboa (ofício /2004 – NDD), concluiu este órgão do Estado não haver fundamentos de legalidade para pôr em crise a oportunidade de exercício do poder disciplinar cometido àquele comando territorial, bem como a avaliação e julgamento de cariz disciplinar subjacentes à decisão condenatória proferida no caso em apreço.

4. Sem embargo de tal conclusão preliminar, ainda assim sobressaíram da apreciação realizada neste particular contexto outros aspectos conexos que, em virtude do seu interesse genérico, se afigura conveniente levar ao conhecimento de V. Ex.^a para futura ponderação e adequada reavaliação.

5. Na realidade, uma das questões ressaltadas pela entidade reclamante prendia-se precisamente com a amplitude dos efeitos e execução da pena de suspensão (no caso, na modalidade menos gravosa) com que fora punido o agente infractor em causa, já que o mesmo havia sido impellido, aquando do cumprimento desta sanção disciplinar, a proceder à restituição do respectivo cartão de beneficiário dos Serviços de Assistência na Doença – SAD/PSP, juntamente com a devolução do armamento e demais documentos de identificação especial possuídos.

6. Relativamente a este assunto, o Comando Metropolitano de Lisboa estribado em parecer jurídico emitido, quer pelos seus serviços, quer ainda pelo Gabinete de Deontologia dessa Direcção Nacional, veio justificar o procedimento assumido considerando, em suma, que “face à situação jurídico-laboral do arguido era legal e legítima a retenção do cartão do SAD/PSP” e admitindo, pois, implicitamente, a suspensão dos benefícios do direito à assistência na doença assegurados aos agentes da PSP e respectivos familiares como uma derivação ou efeito acessório da pena disciplinar decretada.

7. Não posso, porém, deixar de manifestar discordância com tal tomada de posição atendendo ao enquadramento normativo implicado, para o que se impõe reter e caracterizar, em primeira linha, a situação estatutária de suspensão de serviço decretada, abordando as consequências que da mesma incidem para a titularidade ou fruição dos direitos próprios que assistem ao pessoal com funções policiais dos quadros da PSP, nos quais se inclui o direito à assistência sanitária concedida através do SAD/PSP (cfr. artigos 50.º, 51.º, n.º 2, e 73.º, todos do Estatuto do Pessoal da PSP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 511/99, de 24/11).

8. Ora, no âmbito do regulamento disciplinar próprio aplicável ao pessoal com funções policiais da PSP (aprovado pela Lei n.º 7/90, de 20/02), a referida pena disciplinar de suspensão (cuja moldura pode revestir diferentes modalidades – cfr. artigo 25.º, n.º 1, alíneas *d*) e *e*) – surge configurada como uma medida de afastamento temporário e completo do serviço durante o período de tempo fixado no respectivo despacho condenatório. Para além da interrupção ou impossibilidade do exercício efectivo das funções, acarreta ainda como efeito declarado o desconto na antiguidade, nas remunerações e na aposentação pelo número de dias equivalentes à duração que lhe tiver sido fixada – cfr. artigo 27.º, n.º 3, do Regulamento Disciplinar e ainda os artigos 42.º, n.º 3, alínea *b*), e 51.º, n.º 2, ambos do Estatuto do Pessoal da PSP.

9. Em face das consequências que lhe estão cominadas, pode afirmar-se, em primeiro lugar, que a aplicação desta medida disciplinar não origina a ruptura do vínculo profissional que o agente punido mantém com a PSP e pela qual não deixa de pertencer aos respectivos quadros, nem ocorre que a mesma comporte, neste âmbito e ao nível do complexo de direitos próprios inerentes à sua situação originária (cfr. epígrafe da Secção I, do Capítulo II, do Título III, do aludido Regulamento Disciplinar), quaisquer reflexos na relação do mesmo funcionário com a assistência na doença assegurada através dos serviços próprios da PSP.

10. Paralelamente, também o Estatuto do Pessoal da PSP aprovado pelo Decreto-Lei n.º 511/99, de 24/11, fornece subsídios de caracterização genérica da situação de suspensão de serviço, ao distinguir a situação do funcionário no activo daquele que se encontra em inactividade temporária, enquadrando nesta última situação o afastamento transitório do serviço determinado por motivos disciplinares (cfr. artigo 6.º, alíneas *a*) e *b*), artigo 7.º, n.º 1, e artigo 15.º, todos do citado Estatuto).

11. De resto, a questão do acesso ou da manutenção do acesso ao subsistema de protecção social em causa durante o período de suspensão de serviço deve ainda, e de forma determinante, ser considerada no âmbito próprio de regulação já sinalizado no artigo 73.º do sobredito Estatuto.

12. O sistema especial de assistência na doença assegurado ao pessoal da PSP rege-se ainda pelo Decreto-Lei n.º 357/77, de 31/08, e respectivos regulamentos, no qual se define o esquema assistencial nos domínios da promoção da saúde, da reabilitação e da prevenção da doença a atribuir à generalidade dos funcionários e agentes da corporação (artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1) e se fixa a estrutura e funcionamento administrativo da assistência instituída (artigo 7.º). Também neste último diploma se estabelecem, em primeira mão, as condições de aquisição e de perda da qualidade de beneficiário titular desta assistência na doença (a que interessa analisar na economia do processo), ulteriormente reiteradas na Portaria n.º 555/78, de 15/09, tendo o legislador entendido confinar o âmbito subjectivo de exclusão deste direito a duas situações específicas que de todo não se identificam com a situação estatutária em apreço: licença ilimitada e a situação de separação de serviço a que se refere o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 439/73 (cfr. artigo 1.º, n.º 2, do invocado Decreto-Lei n.º 357/77).

13. Tal significa que da normaçoão específica ora enunciada não se descobre impedimento ou restrição expressa a que o agente punido com a pena disciplinar de suspensão continue a desfrutar dos benefícios atribuídos por conta do seu sistema de assistência na doença, nem, de resto, se descortina razão substancial válida para fazer cessar ou suspender a condição de beneficiário por imposição da referida sanção disciplinar, uma vez que durante a sua execução persiste a relação funcional em que se filia o mesmo direito.

14. Ademais, não pode deixar de se considerar que a fixação dos efeitos decorrentes da sanção disciplinar decretada deve obedecer ao princípio da taxatividade tradicionalmente transponível do direito criminal para o direito disciplinar, não sendo, pois, admissível que lhe sejam atribuídos outros efeitos especiais ou acessórios que não estejam previstos na lei, *maxime* nos artigos 28.º e 29.º do Regulamento Disciplinar da PSP.

15. Tudo isto reforça a conclusão de que, ao contrário do que aduz esse serviço, o agente a quem for aplicada a pena disciplinar prevista no artigo 25.º, n.º 1, alínea *d*), do Regulamento Disciplinar da PSP, não perde, por imposição da sua situação disciplinar, a condição de beneficiário titular de assistência própria na doença e, por isso, mantém o direito a beneficiar, para si e para a sua família, do direito à protecção da saúde através de subsistema próprio (SAD/PSP) nos mesmos termos que os demais agentes da PSP em funções policiais.

16. Embora relevando a intenção manifestada pelo Comando Metropolitano de Lisboa de proceder, no caso apreciado, à devolução do cartão de beneficiário em causa por “haver necessidade de uma análise mais profunda da matéria”, em todo o caso, carecia de fundamento legal a actuação assumida por aquele comando ao exigir a entrega do cartão de assistência na doença no âmbito da execução da pena disciplinar cominada ao referido agente policial.

17. Nesta perspectiva, e em face das competências de coordenação e gestão que lhe estão legalmente cometidas relativamente a todos os comandos e serviços da PSP, tenho por bem levar ao conhecimento de V. Ex.^a a análise e considerações que incidiram sobre a questão de direito versada, sugerindo, para futuro, a adopção de orientações e providências administrativas que previnam a repetição de factos como os que foram objecto do presente processo, assim se assegurando o cumprimento integral das normas legais e demais disposições normativas vigentes relativamente à assistência na doença concedida ao pessoal dessa força de segurança.

Entidade visada: Junta de Freguesia da Venteira

Assunto: Posto de trabalho. Procedimento de selecção. Programas ocupacionais.

Foi apresentada uma reclamação na Provedoria de Justiça, relativamente ao procedimento de oferta pública de emprego iniciado pela Junta de Freguesia da Venteira.

No âmbito da instrução do respectivo processo, foram solicitados esclarecimentos à entidade visada. A coberto de ofício, V. Ex.^a veio informar a Provedoria de Justiça sobre o referido procedimento de contratação.

Assim, refere que essa “Autarquia candidatou-se junto do IEFP – Centro de Emprego da Amadora – a um programa ocupacional que se destinava à substituição de um funcionário que se encontrava de baixa por doença. Por despacho do IEFP, a candidatura foi deferida (...), mas o trabalhador subsidiado que havia sido seleccionado não compareceu, tendo informado a junta de freguesia que não se encontrava disponível para o exercício das tarefas pretendidas. Dada a urgência na continuidade do serviço de assegurar o funcionamento do pavilhão, a junta de freguesia apresentou nova candidatura ao IEFP – Centro de Emprego da Amadora. Em paralelo, e porque o pavilhão se encontrava em risco de fechar (...), deliberou o executivo autárquico abrir um processo de contratação de um trabalhador em regime de contrato de trabalho a termo certo, nos termos do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro”.

Ao procedimento de contratação, referido por V. Ex.^a, candidatou-se o ora reclamante. Porém, decidiu essa junta de freguesia anular o referido procedimento, tendo por base o facto de o IEFP ter deferido a segunda candidatura a programa de actividade ocupacional e enviado um trabalhador para o efeito pretendido. Nos termos do vosso ofício, “o prazo para candidatura ao referido procedimento terminou no dia 25 de Março, tendo a junta de freguesia recebido, no dia 26 de Março, o ofício do IEFP – Centro de Emprego da Amadora – a deferir o pedido e a enviar um candidato à entrevista. Este candidato foi admitido no dia 1 de Abril de 2004, tendo sido deliberado, em 13 de Maio, anular o procedimento público de contratação”.

Concluída a instrução do presente processo, afigura-se que a Junta de Freguesia da Venteira e o IEFEP – Centro de Emprego da Amadora – actuaram em manifesta violação do quadro jurídico vigente em matéria de programas ocupacionais, cujas normas estruturantes estão consagradas na Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio. Sobre esta matéria, pronunciou-se, recentemente, a Provedoria de Justiça, através da Recomendação n.º 4/B/2004 dirigida, em 23 de Março, a Sua Excelência o Ministro da Segurança Social e do Trabalho, o qual informou, em ofício dirigido a este órgão do Estado, que o Governo havia actuado em conformidade com o recomendado por Sua Excelência o Provedor de Justiça.

Tal como referido e analisado na referida Recomendação, constata-se que, muito frequentemente, a Administração Local e a Administração Central recorrem, com a autorização do IEFEP, a contratos de actividade ocupacional para satisfazer necessidades permanentes dos serviços no âmbito das suas atribuições e competências próprias. Afigura-se ser essa a situação no caso presente, a qual esteve na origem da anulação da oferta pública de emprego para celebração de um contrato de trabalho a termo.

É que, segundo V. Ex.^a informa, o que estava em causa era a “substituição de um funcionário de baixa por doença para assegurar a continuidade do funcionamento e manutenção do pavilhão da junta de freguesia”. Tal situação não se enquadra no âmbito da actividade ocupacional, tal como a define a Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio, na medida em que as tarefas, que foram atribuídas no âmbito de um contrato de actividade ocupacional, parecem corresponder a necessidades próprias e permanentes do serviço. Devia, nestes termos, a junta de freguesia ter prosseguido como o procedimento de contratação a termo para efeitos de substituição temporária do funcionário responsável pelas tarefas em causa, tal como, aliás, consagra a alínea a) do n.º 2 do art. 18.º do Decreto-Lei n.º 427/89.

Face ao exposto, permita-me V. Ex.^a que chame a atenção para a necessidade de essa junta de freguesia dar integral cumprimento às normas e princípios estruturantes que regem a actividade ocupacional, os quais proíbem, de modo claro, a utilização destes contratos no tipo de situação descrita por V. Ex.^a no âmbito da instrução do presente processo.

Entidade visada: Presidente da Direcção Nacional da Associação Sindical dos Juizes Portugueses

Assunto: Exposição relativa ao estatuto remuneratório dos magistrados nos tribunais administrativos de círculo e tribunais tributários.

Apresentou, V. Ex.^a, uma exposição na Provedoria de Justiça relativamente às “assimetrias remuneratórias existentes entre juizes e magistrados do Ministério Público em funções nos Tribunais Administrativos de Círculo e nos Tribunais Tributários”.

Analisada a exposição, afigura-se que a situação exposta por V. Ex.^a resulta, em concreto, da previsão legal relativamente à categoria funcional dos magistrados judiciais e do Ministério Público a exercer funções nos tribunais administrativos de 1.^a instância – juizes de direito em contraposição a procuradores da República – e dos diferentes modos de recrutamento e provimento de magistrados judiciais e do Ministério Público em funções nos novos tribunais administrativos e fiscais.

Assim, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 52.º do ETAF, o Ministério Público nos tribunais administrativos de círculo e nos tribunais tributários é representado por procuradores da República. Por outro lado, consagra o n.º 3 e 4 do art. 58.º do ETAF, que os juizes dos tribunais administrativos e fiscais são juizes de direito, sendo-lhes aplicável o respectivo estatuto remuneratório. A respectiva progressão na carreira será fixada em diploma próprio, consagrando, desde já, o n.º 5 do art. 58.º que ascendem à categoria de juiz de círculo após cinco anos de serviço naqueles tribunais, com a classificação de bom com distinção.

No sentido de enquadrar a questão exposta, a qual resulta da conjugação das normas acima citadas, há, porém, que ter em consideração as regras e os instrumentos utilizados no recrutamento e provimento de magistrados judiciais, no âmbito da reforma do contencioso administrativo.

Os termos e condições de recrutamento e provimento dos juizes estão consagrados no art. 61.º e segs. do ETAF. Um dos modos previstos na lei é o concurso. E, de facto, foi realizado um concurso externo para selecção e recru-

tamento de novos juizes para os tribunais administrativos e fiscais, o qual foi dirigido a licenciados em Direito que preenchessem os requisitos consagrados na lei, entre os quais ter, pelo menos, cinco anos de experiência profissional. Este concurso destinou-se, apenas, a recrutar juizes.

Na sequência deste concurso, foram colocados nos novos tribunais administrativos de círculo magistrados em início de carreira, cuja experiência profissional anterior era externa à magistratura. Admite-se, assim, que as situações concretas referidas na exposição de V. Ex.^a consubstanciem as diferenças existentes entre juizes na base da carreira e magistrados do Ministério Público com alguns anos de serviço. Um juiz de direito, no início da carreira auferir, necessariamente, uma remuneração inferior à de um magistrado do Ministério Público, com os anos de serviço e as classificações necessárias a ocupar a categoria de procurador da República.

Esta situação não se afigura, em nosso entendimento, violadora do paralelismo remuneratório, pois as diferenças correspondem, de facto, a diferentes posicionamentos na carreira, as quais foram expressamente consagradas pelo legislador.

De salientar, quanto a esta questão, que, a concretizar-se a proposta de equiparar os juizes destes tribunais a juizes de círculo tal representaria, em nosso entendimento, diferenças estatutárias dificilmente admissíveis face aos juizes da jurisdição comum. É que, naqueles tribunais, como já referido, os juizes ascendem à categoria de juiz de círculo após cinco anos de serviço, o que consubstancia, já de si, uma diferença assinalável face à regra contida no Estatuto dos Magistrados Judiciais, nos termos da qual ascendem a juizes de círculo os magistrados judiciais com mais de 10 anos de serviço e classificação não inferior a bom com distinção (art. 45.º da Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 143/99, de 31 de Agosto). Ora, consagrar a equiparação dos actuais juizes dos tribunais administrativos de 1.ª instância a juizes de círculo significava, talvez na quase totalidade das situações, atribuir a juizes com dois anos de serviço na magistratura o nível remuneratório de juizes com dez anos de carreira na magistratura.

Assim, em nosso entendimento, a situação exposta por V. Ex.^a não se afigura passível da alteração proposta, enquadrando-se no âmbito dos princípios gerais que presidem à estruturação das carreiras do sector público, incluindo as carreiras judiciais. A situação concreta, em que, num mesmo tribunal de 1.ª instância, desempenham funções magistrados judiciais que, por

aplicação das respectivas regras estatutárias, ocupam uma posição na carreira diferente à correspondente posição funcional dos magistrados do Ministério Público, também por aplicação das respectivas regras estatutárias, é, de um ponto de vista jurídico-formal, correcta, porque ancorada em diferentes estatutos profissionais, que sempre regerão a Magistratura Judicial e do Ministério Público, não obstante um princípio de paralelismo remuneratório.

Nestes termos comunico a V. Ex.^a que, nesta data, determinei o arquivamento do presente processo, nos termos da alínea *b*) do art. 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça.

R-3691/04
Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão

Assunto: Concurso externo de ingresso para provimento de dois lugares de chefe de repartição.

1. Foi apresentada queixa ao Provedor de Justiça relativamente ao concurso acima identificado, por alegada ofensa dos princípios da legalidade, da igualdade de condições e oportunidades, do direito à carreira e das normas do artigo 6.º, n.º 2, 22.º, n.º 3, e 27.º, n.º 1, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho.

2. No âmbito da instrução da queixa apresentada, prestou V. Ex.^a os esclarecimentos solicitados e juntou cópia dos documentos que integram o processo de concurso (artigos 28.º e 29.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto).

3. Analisados os mesmos, apuram-se com interesse para a apreciação da queixa os seguintes elementos:

a) na sequência do despacho de V. Ex.^a, de 20 de Outubro de 2003, foi aberto “concurso interno de ingresso para provimento de dois lugares de chefe de repartição”, em 15 de Dezembro de 2003, por aviso publicado no DR., III Série, n.º 288, pp. 26 682;

b) O concurso foi requalificado como concurso em concurso externo de ingresso, por aviso rectificativo de 19 de Janeiro de 2004 (DR., III Série, n.º 15, p. 1329);

c) Ao concurso puderam habilitar-se os chefes de secção com pelo menos três anos de serviço na categoria classificados de muito bom e os indivíduos com curso superior e experiência profissional adequada não inferior a três anos (ponto 5 do aviso de abertura);

d) Os métodos de selecção adoptados são a avaliação curricular, a prova de conhecimentos e a entrevista profissional de selecção (ponto 11 do aviso de abertura);

e) Em 20 de Outubro de 2003, o júri definiu “os critérios de apreciação e ponderação dos métodos de selecção a aplicar, bem como o sistema de classificação final, incluindo as respectivas fórmulas” (acta n.º 1);

f) A classificação final corresponde à média aritmética simples dos resultados obtidos nos três métodos de selecção (acta n.º 1);

g) Na avaliação curricular, o júri estabeleceu para o factor “habilitações literárias” dois níveis valorativos (*idem*):

- (1) o de 16 valores para as habilitações legalmente exigidas;
- (2) e o intervalo de 17 a 20 valores para as “de grau superior ao exigido”, em termos que não são especificados;

h) No mesmo método, no factor formação profissional, definiu três intervalos valorativos por conjunto de cursos “com relevância para o lugar a prover”: de 10 a 12 valores para até 3 cursos ou acções de formação; de 13 a 15 valores para “de 4 a 9 cursos ou acções de formação” e de 16 a 20 valores para “mais de 10 cursos ou acções de formação”;

i) No factor experiência profissional, foram considerados os “anos de serviço na categoria”;

j) O júri fixou 10 valores para “3 anos de serviço na categoria” e um ponto por cada ano de serviço adicional até ao limite de 20 valores;

k) Considerou ainda a classificação de serviço, concretamente, a “média do valor quantitativo atribuído nos últimos 3 anos, multiplicada por 2, expressa numa escala de 0 a 20 valores”;

l) No método entrevista profissional de selecção, estabeleceu cinco factores – “motivação e interesse pelo lugar”, “relacionamento interpessoal”, “conhecimentos profissionais”, “espírito de liderança” e “capacidade de argu-

mentação e afirmação – avaliados segundo quatro intervalos: de 16 a 20 valores, correspondente à menção de “favorável preferencialmente”, de 13 a 15 valores à de “bastante favorável”, de 10 a 12 valores à menção de “favorável” e de 0 a 9 valores à de “não favorável” (acta n.º 1);

m) A aplicação da prova de conhecimentos teve lugar no dia 20 de Abril de 2004;

n) De acordo com documento com o título “classificação das provas de conhecimentos” (junto pela queixa apresentada), a candidata realizou a prova com consulta “de dossier de apontamentos, com transcrição dos mesmos, [pelo que – lê-se ainda –] em rigor a prova nem devia ser pontuada” (*sic*);

o) Sobre a referida consulta, é dito no ofício de V. Ex.^a, de 29 de Outubro de 2004 que “Não foi dada informação por parte do júri, de qualquer candidato ter consultado outro elemento para além da legislação”;

p) Nas provas realizadas, não figuram os valores atribuídos aos candidatos, em cada resposta, nem em qualquer outro documento integrante do processo de concurso (cópia remetida por V. Ex.^a);

q) A avaliação curricular encontra-se traduzida num quadro que identifica os valores atribuídos a cada factor (documento não datado);

r) Outro documento, igualmente não datado, elenca, sem mais, os valores atribuídos, na entrevista profissional de selecção, a cada um dos candidatos em cada um dos “factores de ponderação”.

4. Confrontado os aspectos destacados do procedimento concursal com o Direito aplicável conclui-se pela procedência da queixa apresentada, nos seguintes termos:

a) o concurso em causa é um concurso externo de ingresso, visando o preenchimento da categoria unicategorial de chefe de repartição (artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, e artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 265/88, de 28 de Julho);

b) A lei confere ao júri de um concurso, para a avaliação dos candidatos, um significativo espaço de escolha e decisão quanto aos métodos em concreto a utilizar, à densificação dos factores de ponderação em cada método e aos critérios de apreciação, para que seleccione os mais aptos ou capazes para “o exercício das tarefas e responsabilidades de determinada função” (artigo 4.º, n.º 2, e artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho);

c) A discricionariedade concedida à Administração é, sem prejuízo, juridicamente limitada: por um lado, pelos parâmetros legais especificados na

lei e, por outro lado, pelos princípios fundamentais do Direito Administrativo (artigo 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e artigos 3.º e segs. do CPA);

d) Em matéria de parâmetros legais, verifica-se, quanto à avaliação curricular, que foi, no concurso em apreço, violada a norma do artigo 22.º, n.º 2, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho.

No factor experiência profissional devem ser ponderados:

(1) “o desempenho efectivo de funções na área de actividade para a qual o concurso é aberto” (1.ª parte da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 22.º).

Este não se resume, como decorre da norma, à contabilização do tempo de serviço na categoria, carreira e na função pública. “A experiência profissional, como factor de avaliação curricular, deve ainda tomar em consideração outros elementos curriculares ou aspectos profissionais dos candidatos que permitam aferir a compatibilidade ou conexão da actividade exercida com o conteúdo funcional da categoria correspondente ao lugar a prover” (Ac. do STA de 6-11-2002, Proc. n.º 48340, in www.dgsi.pt/sta). Também a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 265/88, de 28 de Julho, impõe a consideração da experiência profissional fora da categoria de chefe de secção.

(2) “outras capacitações adequadas, com avaliação da sua natureza e duração” (2.ª parte da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 22.º).

O júri limitou-se a considerar o “tempo de serviço na categoria” e não ponderou “outras capacitações adequadas” (alíneas *i*) e *j*) do ponto 3 do presente ofício), violando, desta forma, as normas ora especificadas.

e) Ainda em sede de avaliação curricular é de notar que a qualificação do concurso como externo de ingresso prejudica a possibilidade do júri atender à classificação de serviço como factor de apreciação, nos termos do n.º 3 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, que assim se mostra violado;

f) Quanto ao método entrevista profissional de selecção, manda a lei que, por cada entrevista, seja elaborada uma ficha, na qual constem os assuntos abordados, os parâmetros relevantes, a classificação obtida em cada, tudo devidamente fundamentado (artigo 23.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho).

O júri não elaborou as referidas fichas, não indicou “os assuntos abordados” e não explicitou o conteúdo e ou objectivos dos factores de ponderação escolhidos e, principalmente, não fundamentou as pontuações atribuídas aos candidatos em cada um deles, como legalmente se impunha (artigo 23.º,

n.º 2, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, e artigos 124.º, n.º 1, alínea a), e 125.º, n.ºs 1 e 2, do CPA). O quadro de pontuações em que «encerrou» a avaliação desatende claramente as exigências do dever de fundamentação. Com efeito, “não permitem a um destinatário normal, colocado na situação dos destinatários concretos desse acto, conhecer o itinerário cognoscitivo-valorativo seguido pelo júri para atribuir, como atribuiu, uma certa pontuação (e não outra diversa) a cada candidato e relativamente a cada uma das perguntas ou «questões»; isto é, não permite aos candidatos conhecer o percurso lógico, percorrido pelo júri, e as *razões justificativas e decisivas* da pontuação que deu a cada um dos candidatos, e não outra qualquer, o que os impossibilita de tomar, relativamente à classificação e posição relativa atribuída nessa prova, uma opção fundada e esclarecida de aceitação ou impugnação” (Ac. do STA de 25 de Março de 1999, Processo n.º 44 544 (www.dgsi.pt/sta – sublinhado nosso) ¹⁸⁶;

g) De falta de fundamentação enfermam, igualmente, as classificações atribuídas nas provas de conhecimentos, por não ser possível reconstituir a partir de valores parciais – porque não indicados (alínea p) do ponto 3) – a classificação global de cada prova e bem assim por – na falta desta indicação – não ser possível reconstituir o iter apreciativo do júri, fundamental para objectivar resultados cujas variações, maiores ou menores, são susceptíveis de influir determinantemente nos resultados do concurso;

¹⁸⁶ Escreve-se ainda no sumário do Acórdão citado que: “I – Enferma de insuficiente fundamentação equivalente para efeitos invalidantes à falta de fundamentação, a deliberação do júri relativa à classificação das entrevistas dos candidatos a concurso de acesso quando da respectiva acta e mapa anexo constem apenas os objectivos visados com essa prova; as perguntas, designadas como «questões» pelo júri que foram feitas, por forma igual, a todos os candidatos; 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»; qual a pontuação atribuída a cada candidato para a resposta a cada uma das 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 relativas dos candidatos para cada questão” (sublinhados nossos).

Sobre a prova de conhecimento, impendem ainda indícios de que a sua aplicação não teve lugar em igualdade de condições (cf. alíneas *n*) e *o*) do ponto 3 e o artigo 5.º, n.º 1, do CPA).

h) Por último, destaca-se existir insuficiente predeterminação dos critérios de apreciação e avaliação: indefinição do intervalo valorativo de 17 a 20 valores previsto para as “habilitações de grau superior ao exigido” e de dois dos definidos para a valoração dos cursos de formação – de 13 a 15 valores para “de 4 a 9 cursos” e de 16 a 20 valores para “mais de 10” –, sem que se saiba qual ou quais os critérios de subsunção da situação de cada candidato a cada um dos valores compreendidos nestes intervalos.

Esta indefinição propicia “a introdução de factores de diferenciação e de valoração” em função do conhecimento concreto dos candidatos e, principalmente, dos seus currículos. Não existe, deste modo, a garantia de actuação imparcial do júri e, portanto, não está prevenida “a possibilidade de um tratamento desigual e injusto dos concorrentes, beneficiando uns em detrimento de outros” (Ac. do STA de 13 de Outubro de 2004, Processo n.º 48079, e artigo 5.º, n.º 1, e artigo 6.º do CPA, artigo 5.º, n.º 1, e n.º 2, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho).

5. A inobservância das regras e princípios jurídicos nos termos expostos tornam inválido o acto homologatório da lista de classificação final (artigo 134.º do CPA) e os subsequentes actos de nomeação (artigo 133.º, n.º 2, alínea *i*), do CPA);

6. Nestes termos, impõe-se, no arquivamento do processo da Provedoria de Justiça, censurar a actuação do júri do concurso e chamar a melhor atenção de V. Ex.^a para os aspectos cuja ilegalidade foi destacada e para as referidas consequências.

R-3933/04

Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Secretário Regional de Educação

Assunto: Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação. Recrutamento e selecção de pessoal docente – educação física (6 vagas) com vista à celebração de contrato administrativo de provimento, no ano lectivo de 2003/2004.

1. Foi dirigida queixa ao Provedor de Justiça por candidata ao procedimento de recrutamento de seis pessoas para o exercício, no ano lectivo de 2003/2004, de funções docentes, na área de educação física, em regime de contrato administrativo de provimento, nos serviços da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação (aviso publicado no Jornal da Madeira, em 25 de Julho de 2003).

Invoca a queixa apresentada que:

- a) o procedimento foi realizado sem “nenhuma referência a normativos legais pelos quais o mesmo se regia”, sendo o respectivo aviso e a “acta do júri que fixa os critérios” omissos quanto a essa referência;
- b) “o mencionado aviso apenas exigia a apresentação do *curriculum vitae*” e, não obstante, o júri atribuiu “zero valores a diversos candidatos, incluindo a requerente, por não ter apresentado documentos comprovativos das declarações constantes” daquele;
- c) os critérios adoptados na avaliação curricular não se encontram fundamentados, nem são reconduzidos a qualquer “matriz prevista na lei”, o que “torna impossível fazer a apreciação da sua justiça e legalidade”;
- d) invoca ainda a candidata que o júri não se pronunciou sobre as alegações oferecidas em sede de audiência dos interessados;
- e) que a decisão final do procedimento não lhe foi notificada, vindo apenas a saber que “alguns dos candidatos já se encontravam a exercer funções”;
- f) e, por último, alega que, não tendo tomado “conhecimento de qualquer acto administrativo que tivesse sido praticado no âmbito do processo de concurso”, se viu “impedida de exercer os seus direitos de recurso hierárquico ou contencioso por falta de objecto”.

2. Chamada a pronunciar-se sobre o assunto (artigo 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), a Secretaria Regional de Educação, pelo ofício de 9 de Dezembro de 2003, argumenta que:

- a) “o aviso de oferta de emprego (...) e a acta que fixa os critérios de avaliação curricular não estão inquinados de ilegalidade, pois

- foram elaborados tendo em atenção os requisitos exigidos” pelo “artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, conjugado com o artigo 15.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, adaptado à RAM pelo DRR n.º 2/90/M, de 2 de Março, o artigo 26.º, n.º 2.º, do DRR n.º 28/2001/M, de 20 de Outubro, alterado pelo DRR n.º 1/2003/M, de 29 de Janeiro, e a Portaria n.º 63/97, de 16 de Junho, da SRE”;
- b) os critérios adoptados em sede de avaliação curricular se inscrevem no âmbito da “discrecioniedade técnica para apreciar o mérito dos candidatos, sendo esta matéria insindicável por natureza”;
 - c) a “indicação da pontuação a atribuir a cada componente a avaliar” é suficiente à “fundamentação dos critérios de avaliação curricular”;
 - d) “é da própria natureza do *curriculum vitae* este ser acompanhado dos respectivos anexos, pois são estes que comprovam os factos invocados naqueles”;
 - e) “é a própria acta que fixa os critérios de avaliação curricular que esclarece que a formação complementar que não seja comprovada documentalmente será atribuída a pontuação de zero”;
 - f) E que é “esta acta em conjunto com o aviso de oferta pública de emprego que fixa o regime jurídico a que se subordinará o procedimento de selecção, não podendo ser alegado, portanto, que não era exigível a entrega dos documentos com o *curriculum vitae* no momento da entrega da candidatura”;
 - g) No que se refere à alegada falta de notificação, informa o ofício que “a requerente tem razão”, por não ter sido notificada “quer da deliberação do júri sobre a reclamação oportunamente apresentada quer da lista definitiva, por lapso”, notificação a que se procederá “para que possa tomar conhecimento [dos respectivos] actos, repondo-se desta forma, a normalidade no procedimento de selecção em causa” (penúltimo parágrafo do ofício de 9 de Dezembro de 2003).

3. Analisados o aviso que publicitou o procedimento de recrutamento em causa, a acta de 24 de Julho de 2003, que define os critérios de avaliação dos candidatos, as listas de graduação, o ofício datado de 1 de Setembro de

2003, remetido à candidata, e os esclarecimentos prestados através do escritório de 9 de Dezembro de 2003, apuram-se os seguintes elementos:

- a) Em 25 de Julho de 2003, foi publicado, no Jornal da Madeira, aviso de recrutamento, pela Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação [DREER], de pessoal docente para provimento, designadamente, de seis vagas de educação física, correspondente a cinco serviços e locais de trabalho (Serviço Técnico de Educação de Deficientes Intelectuais, Serviço Técnico de Formação e Integração Profissional de Deficientes, Serviço Técnico de Educação de Deficientes Auditivos, Colégio Esperança e Centro de Reabilitação Pedagógica da Sagrada Família);
- b) O anúncio não menciona as normas jurídicas disciplinadoras do procedimento de recrutamento e selecção;
- c) O anúncio especifica as “habilitações exigidas”, o local de trabalho, a remuneração, o horário e o “método de selecção” avaliação curricular;
- d) Indica que as candidaturas deveriam “ser feitas em requerimento e/ou impresso modelo/tipo fornecido por estes Serviços [DREER] e entregues pessoalmente ou remetidas pelo correio registado e com aviso de recepção”;
- e) Refere que as candidaturas deveriam ser acompanhadas do *curriculum vitae*;
- f) Não exige a junção de documentos comprovativos dos elementos constantes do *curriculum vitae*;
- g) Não faz alusão à acta definidora dos critérios de selecção, assim como aos termos (v.g. local e hora) em que os candidatos a poderiam consultar ou pedir fotocópia ou certidão;
- h) Em acta datada de 24 de Julho de 2003, o júri concretizou que, na avaliação curricular, seriam consideradas as “habilitações profissionais”, a “experiência profissional” e a “formação complementar”;
- i) Nas “habilitações profissionais”, o júri deliberou “valorizar o candidato cujas habilitações académicas e/ou profissionais para o exercício da disciplina sejam de carácter mais qualificado”;

- j)* Para tanto, individualizou três níveis habilitacionais: habilitação própria, suficiente e mínima;
- k)* Dividiu cada um destes níveis por escalões, a que fez corresponder uma escala de pontuação de 10 a 3 pontos, por ordem decrescente. Assim, por exemplo, aos candidatos com “habilitação própria 1.º escalão” seriam atribuídos 10 pontos, aos candidatos com “habilitação própria 2.º escalão” 9 pontos e aos candidatos com “habilitação suficiente 1.º escalão” 8 pontos (ponto I da acta);
- l)* No factor “experiência profissional”, estabeleceu o júri que avaliaria a “maior antiguidade no exercício da disciplina”, numa graduação decrescente de 4 a 0 pontos, com os seguintes intervalos: experiência “superior a oito anos” pontuada com 4 valores, de “cinco a oito anos” com 3 pontos, “de um a cinco anos” com 2 pontos, “menos de um ano” com 1 ponto e “sem experiência” 0 pontos (ponto II da acta);
- m)* Quanto ao factor “formação complementar” o júri fixou que seriam valoradas “as acções de formação, cursos ou outros, relevantes para leccionar a disciplina, ou seja, as que complementam as suas habilitações profissionais nessa área e também a prática desportiva, devidamente comprovada” (ponto III da acta);
- n)* Considerou, por ordem decrescente, “as acções de formação, cursos ou outros” nos seguintes intervalos: “superior a cinco anos = 6 pontos”, “de três a cinco anos = 4 pontos”, “de um a três anos = 2 pontos”, “inferior a um ano = 1 ponto” e “sem formação = 0 pontos”;
- o)* “O júri deliberou ainda atribuir zero valores na referência habilitação profissional/formação e/ou experiência profissional não documentadas” (parte final da acta);
- p)* O júri fixou critérios de preferência para o caso de igualdade de classificação (ponto IV da acta);
- q)* Deliberou preferir, por ordem sucessiva, o “candidato com maior prática pedagógica com deficientes na área de actividade a que se candidata dentro das mesmas habilitações”; “o candidato que dentro da mesma graduação profissional for detentor do escalão mais elevado”; a “maior antiguidade na função pública mesmo que no exercício de outras funções e sucessivamente maior experiência profissional; maior pontuação de nota de curso; maior número de

- cadeiras completas do curso e data de conclusão do curso/cadeiras” (pontos 4.1 a 4.4 da acta);
- r) Na aplicação dos factores e critérios descritos, o júri considerou as 6 vagas por cada local de trabalho, elaborando seis listas;
 - s) Em 19 de Agosto de 2003, o júri notificou, por ofício, a candidata para se pronunciar, em sede de audiência dos interessados, das referidas listas;
 - t) A candidata, no factor “formação profissional”, foi pontuada com 0 valores, figurando nas listas a menção “Não comprovada”;
 - u) Aquele ofício informa “que o prazo para eventuais reclamações é de 8 dias úteis a contar da data da afixação da lista”, publicada “no Jornal da Madeira do dia 19/08/2003.”;
 - v) Em requerimento datado de 29 de Agosto, a candidata solicitou informação, à Directora Regional de Educação Especial e Reabilitação, sobre a legislação disciplinadora do procedimento de concurso em causa e insurgiu-se contra o facto de, em quatro das seis listas, os candidatos com habilitação própria terem sido preteridos por candidatos com apenas habilitação suficiente;
 - w) Em 1 de Setembro de 2003, por ofício, a Directora Regional informou a candidata “que o júri decidiu não apreciar o requerimento (...) uma vez que não comprovou a documentação no prazo de candidatura, conforme disposto no n.º 4 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho”;
 - x) A lista de classificação e ordenação final dos candidatos foi homologada pela Directora Regional de Educação Especial e Reabilitação em 10 de Setembro de 2003;
 - y) Em 9 de Dezembro de 2003, a candidata acima referida ainda não fora notificada do acto homologatório das listas definitivas de classificação e ordenação (ponto 16.º do ofício, do Gabinete do Secretário Regional da Educação).
4. Em face do exposto, importa apreciar:
- a) a falta de indicação, no aviso de abertura do procedimento de recrutamento em causa, das normas jurídicas disciplinadoras do mesmo;

- b) a não pontuação pelo júri dos elementos constantes dos currículos dos candidatos que, não encontrando qualquer indicação no aviso, não juntaram documentos comprovativos; e
- c) a alegada falta de fundamentação.

4.1. O aviso de abertura constitui o “quadro global de referências em que o processo de recrutamento e selecção vai decorrer”¹⁸⁷.

Este quadro de referência deve incluir as normas jurídicas de acordo com as quais se desenvolverá. Esta informação é indispensável para assegurar a participação adequada e útil dos interessados no procedimento e para que nele possam confiar. É-o, igualmente, como garantia da transparência, “uma das primordiais justificações da própria figura do concurso público” ou de qualquer procedimento que deva ser concorrencial¹⁸⁸.

No caso concreto, como visto (ponto 3, alínea *b*), supra) o aviso publicado no Jornal da Madeira no dia 25 de Julho de 2003 não indica quais as normas jurídicas disciplinadoras do procedimento de recrutamento, com prejuízo para os princípios da transparência, participação, igualdade e para o dever da Administração comunicar de forma clara, bastante e leal com os particulares (como decorre dos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, aplicáveis a um qualquer procedimento administrativo concorrencial, e artigos 6.º-A, 7.º e 8.º do CPA)¹⁸⁹.

4.2. A Administração tem alguma margem dispositiva na elaboração do quadro de referências que é o aviso, dentro dos limites fixados pela lei. As regras e opções por si feitas, levadas ao aviso, constituem limites jurídicos adicionais que a si própria se coloca, os quais tem de respeitar na sua acção subsequente. Esta realidade está juridicamente protegida pelo designado princí-

¹⁸⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas, de 26 de Novembro de 1991, proferido nos Autos de Reclamação n.º 86/91, in Anuário da Administração Pública, 1991, Ano IX, Ministério das Finanças, Direcção-Geral da Administração Pública, p. 475.

¹⁸⁸ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, Lisboa, 1994, p. 62.

¹⁸⁹ Destaca-se ainda que a desconsideração da Administração pelos princípios acima enunciados e pelos deveres de informação e esclarecimento dos particulares é igualmente revelada no facto de, tendo a candidata solicitado, em 29 de Agosto de 2003, à Directora Regional de Educação e Reabilitação da Secretaria Regional de Educação, a indicação da “legislação em vigor” aplicável ao procedimento, tal resposta não lhe ter sido dada (cfr. ofício de 1 de Setembro de 2003, confrontando-o com aquele requerimento).

pio da estabilidade, aplicável a qualquer procedimento selectivo e que tem expressa previsão legal no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho ¹⁹⁰.

O aviso de abertura em análise, quanto aos requisitos exigidos para o exercício das funções a que se destina o recrutamento, refere-se às habilitações. No que respeita à selecção, indica que far-se-ia por aplicação do método avaliação curricular, devendo os candidatos fazer acompanhar o seu requerimento de candidatura do *curriculum vitae*. Nenhuma outra exigência é feita em matéria de junção de documentos.

Daí que, alguns candidatos, não tenham apresentado senão o currículo e não, também, documentos comprovativos da sua experiência profissional e/ou formação profissional. A comunicação da Administração, constante do aviso, não continha outra exigência. Ao fazê-la, noutra sede, contrariando a regra anunciada, a Administração viola o disposto no aviso e penaliza os candidatos que, nele confiando, não apresentaram tais documentos.

Não se diga que o júri, ao fixar, na acta de 24 de Julho de 2003, a necessidade de comprovação documental da experiência e formação profissionais, assegurou a correspondente divulgação dessa regra. Com efeito:

- a) o aviso de abertura do concurso não faz qualquer menção a essa acta;
- b) a partir desse aviso, os candidatos não poderiam saber que, na data de abertura do procedimento, a mesma acta estivesse disponível;
- c) não era expectável que o tivesse: a jurisprudência administrativa, em geral, entende que o júri dispõe de todo o prazo para a entrega das candidaturas para elaborar tal acta ¹⁹¹, o que significa que

¹⁹⁰ Como escreve Marcelo Rebelo de Sousa, “o princípio da estabilidade das regras vale para a abertura do concurso, no sentido da Administração Pública por ele ficar vinculada à oferta pública e ao convite para contratar formulados” - O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, Lisboa, 1994, p. 69, nota 82, § 2.

Como igualmente bem se escreve no Ac. do TCA de 29 de Março de 2001, Processo 3011/99: “O princípio da estabilidade das regras num concurso, repousando na relação de confiança entre concorrentes e entidade adjudicante, significa que não é possível (...) a alteração das regras no seu decurso, seja por que motivo for” (in www.dgsi.pt/tca).

¹⁹¹ Ac. de 14 de Maio de 1996, R. 36 164, in Acs. Dout., n.º 419, 1996, pp. 1265 a 1273.

sempre parte das candidaturas, senão mesmo todas, serão apresentadas estando a acta invocada por elaborar;

- d) no aviso não é indicado o local, a hora e demais termos de consultas das actas.

Em suma, o que os candidatos poderiam saber, por aquele aviso, era que não tinham que entregar com o seu boletim de candidatura documentos outros, para além da entrega do *curriculum vitae*.

4.2.1. De todo o modo, importa ter presente que a própria lei não impõe a apresentação dos documentos em causa. Com efeito, não prevê senão como necessária a junção de documentos comprovativos dos requisitos especiais, no caso habilitacionais, sem que o exija relativamente aos elementos curriculares e requisitos gerais. Tal decorre do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, e de igual modo, do artigo 52.º, n.º 1, do Decreto Legislativo Regional n.º 4/88/M, de 18 de Maio ¹⁹², aplicável por força do artigo 5.º, n.º 2, da Portaria n.º 63/97, de 16 de Junho ¹⁹³, para a qual por sua vez remete o n.º 2 do artigo 26.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 28/2001/M, de 20 de Outubro ¹⁹⁴.

O n.º 1 do artigo 52.º dispõe que o “*boletim de concurso para a segunda parte será obrigatoriamente acompanhado de certidão ou certidão comprovativas das habilitações académicas nele declaradas ou de fotocópias notariais das quais constarão as correspondentes classificações finais, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º, sempre expressas na escala de 0 a 20 valores, e, quando for caso disso, de certidão comprovativa do tempo de serviço*” (sublinhado nosso); e o n.º 3 do artigo 52.º estabelece que as “certidões de habilitações académicas referidas nos números anteriores, bem como as certidões comprovativas do tempo de serviço, poderão ser, para o caso dos candidatos já

¹⁹² Diploma que reformula os “quadros docentes das escolas preparatórias e secundárias da Região Autónoma da Madeira” e fixa “novos mecanismos para colocação de professores naqueles estabelecimentos de ensino”.

¹⁹³ Este diploma “define as normas a serem aplicadas na abertura do concurso para preenchimento de vagas ainda disponíveis no ensino básico e secundário”, depois de realizado o concurso regulado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 4/88/M, de 18 de Maio, com as alterações subsequentes.

¹⁹⁴ Aprova a “orgânica da Direcção Regional de Educação Especial e Reabilitação”, tendo o artigo 26.º citado como epígrafe “Concurso de pessoal docente do ensino regular”.

com processo constituído em estabelecimentos dos ensinos preparatório e ou secundário, substituídas por declaração comprovativa, exarada no boletim de concurso pelo conselho directivo, ou por quem as suas vezes fizer, autenticada com o selo branco ou carimbo a óleo em uso pelo mesmo.”

Não exige a lei, como se vê, a apresentação de documentos comprovativos de experiência profissional e de formação profissional.

4.2.2. Não aproveita à Administração a invocação do n.º 4 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, segundo o qual não é de admitida a junção de documentos que pudessem ter sido apresentados dentro do prazo de entrega das candidaturas:

- a) esta norma nada diz sobre a identificação dos documentos que devem ou não ser apresentadas;
- b) os documentos exigidos pelo júri não eram de apresentação naquele prazo, nem por força da lei, nem por força do aviso de abertura do procedimento.

4.2.3. Não se diga igualmente que é conatural ao currículo a junção de documentos comprovativos dos elementos dele constantes. Tanto não é que a lei não exige senão a entrega de “documentos comprovativos da titularidade dos requisitos especiais legalmente exigidos para o provimento dos lugares a preencher” e das “habilitações literárias e profissionais” (artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho).

E mesmo quanto a estes, deve o aviso de abertura do procedimento dar conta da necessidade de serem juntos, como resulta do artigo 31.º, n.º 7, 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho: “[a] não apresentação dos documentos comprovativos dos requisitos de admissão exigíveis nos termos do presente diploma e *constantes do aviso de abertura* determina a exclusão do concurso” (sublinhado nosso).

4.2.4. As regras relativas à documentação do concurso integram ou condicionam o sistema de classificação final e, como tal, não podem deixar de ser atempadamente divulgadas, no respectivo aviso (artigo 5.º, n.º 2, alínea b), e artigo 27.º, n.º 1, alínea f), parte final, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho), o que não aconteceu no caso concreto.

4.2.5. O disposto no aviso de abertura de um procedimento é fundamental à garantia de “iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar” (artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de

Julho, e artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho). Dito por outras palavras, o “princípio da publicidade relaciona-se com os princípios da igualdade e da justiça pois pretende evitar determinação discriminatória de um ou alguns potenciais co-contratantes”¹⁹⁵. Ora, no caso, não fosse a Administração ter alterado, no caso concreto, o disposto naquele aviso, em matéria de junção de documentos, os candidatos que nele confiaram, não apresentando prova de elementos constantes dos seus currículos, não teriam sido preteridos ou prejudicados na avaliação.

5. Na selecção dos candidatos, a lei confere ao júri, dentro dos limites que fixa, o poder de escolher os critérios de apreciação, ponderação e avaliação densificadores do sistema de classificação, assim como dispõe de uma ampla margem de ajuizamento na sua aplicação. Este poder, correspondendo à designada, por alguns, discricionariedade técnica, por outros, de discricionariedade *tout court* ou ainda discricionariedade imprópria, não é um poder livre, mas um poder jurídico, orientado para a tomada da melhor decisão para a prossecução do interesse público¹⁹⁶.

Nesta linha, foram sendo aperfeiçoadas as formas de controlo do exercício do poder discricionário. Destacam-se a imposição legal de fundamentação (artigo 268.º, n.º 3, e artigo 125.º do CPA)¹⁹⁷ e os princípios fundamentais da actividade administrativa, como o princípio da igualdade, o princípio da boa fé, o princípio da proporcionalidade, o princípio da justiça, da imparcialidade (artigo 266.º, n.º 2, da CRP).

A soberania do júri e a discricionariedade técnica invocada não constituem, assim, nenhuma presunção de juridicidade das respectivas decisões,

¹⁹⁵ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, ob. cit., p. 67.

¹⁹⁶ Entre muitos outros, cfr. Freitas do Amaral, com a colaboração de Lino Torgal, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, 2001, pp. 79 a 84, Margarida Cabral, O Concurso Público nos Contratos Administrativos, 1999, p. 205, e Maria Francisca Portocarrero, “Discricionariedade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção”, anotação ao Ac. do STA de 20.11.1997, P. 39 512, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 10, Julho/Agosto, 1998, pp. 26 e segs.

¹⁹⁷ Se o grau de fundamentação ou a sua densidade pode variar, observa, no entanto, Vieira de Andrade que cumpre ter presente que “a discricionariedade exige especialmente a fundamentação”, assim como as decisões susceptíveis de afectar direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares (Vieira de Andrade, O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos, 1991, pp. 136 e 256).

devendo ser exercidas de harmonia com os limites jurídicos referidos e dentro do seu enquadramento finalístico.

5.1. A definição do conteúdo dos métodos de selecção está funcionalmente determinada pelo “complexo de tarefas e responsabilidades inerentes ao conteúdo funcional” do lugar ou emprego a prover e pelo “conjunto de requisitos de natureza física, psicológica, habilitacional ou profissional exigível para o seu exercício” (artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho). Concretizando a necessidade desta adequação, o artigo 22.º, n.º 2, dispõe que, na avaliação curricular, o júri deve considerar a habilitação académica, a formação profissional e a experiência profissional, respectivamente, a “titularidade de grau académico ou a sua equiparação legalmente reconhecida”, “as acções de formação e aperfeiçoamento profissional, em especial as relacionadas com as áreas funcionais dos lugares postos a concurso” e “o desempenho efectivo de funções na área de actividade para a qual o concurso é aberto, bem como outras capacitações adequadas, com avaliação da sua natureza e duração”. Mais impõe que esses factores sejam considerados e ponderados de “acordo com as exigências da função” (*idem*).

Confrontado as escolhas do júri com o exposto, verifica-se que considerou os factores “habilitações profissionais”, “experiência profissional” e “formação profissional”. No primeiro factor o júri valorou, dentro de cada um dos níveis habilitacionais, escalões (por exemplo, “habilitação própria 1.º escalão” e “habilitação própria 2.º escalão”). Não explica, porém, o que são estes escalões, os quais não são compreensíveis. A tratar-se de escalões remuneratórios, a sua inclusão, em sede de habilitações, é irrazoável, assim como é, em si, desadequada a “avaliar as aptidões profissionais” dos candidatos (artigo 22.º, n.º 1, n.º 1, parte inicial, e n.º 2, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho). Dir-se-á que é relevante na medida em que traz um dado tempo de serviço. Este argumento não procede, conquanto, para além de redundar numa valoração já abrangida pelo factor “experiência profissional”, é, manifestamente, impertinente a sua valoração a título de “habilitações académicas e/ou profissionais”.

Por explicar ficou também a própria consideração das nomeadas “habilitações mínimas”, por contraponto às habilitações suficientes.

Não se compreendem igualmente os critérios de duração das acções de formação, quer por serem considerados períodos de tempo excessivos (v.g., não existem acções de formação com duração de anos, salvo “acções” para a

concessão de graus académicos), quer por não indicação da forma de apuramento dos intervalos considerados (v. g., como se chega ao período “superior a cinco anos”).

6. Como critérios de desempate, o júri deliberou preferir, em primeiro lugar, o “candidato com maior prática pedagógica com deficientes na área de actividade a que se candidata *dentro das mesmas* habilitações profissionais” (cfr. ponto IV acta; sublinhado nosso). No entanto, contrariando o fixado, o júri aplicou o critério a candidatos com diferentes habilitações: para as vagas do serviço “CRPSF”, do serviço “STFIPD” e do serviço “STEDI/Quinta do Leme”, preferiu, de entre os candidatos posicionados nos dois primeiros lugares com a mesma graduação, o candidato com habilitação de nível inferior, mais uma vez actuando ao arrepio do princípio da estabilidade das regras e do princípio da igualdade.

7. A actuação da Administração contrária aos princípios da publicidade, transparência, estabilidade das regras, igualdade e proporcionalidade, nos termos descritos, assim como o défice de fundamentação assinalado, prejudicam a validade do acto homologatório das listas de classificação final do procedimento de recrutamento e selecção aberto em 25 de Julho de 2003, importando a sua anulabilidade, senão mesmo a sua nulidade (artigo 134.º e artigo 133.º, n.º 2, alínea *d*), do CPA). A invalidade de tal acto projecta-se, por sua vez, sobre a validade dos próprios contratos administrativos celebrados (artigo 185.º, n.º 1, do CPA).

8. O facto de a referência ao “artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 139/90, de 28 de Abril, conjugado com o artigo 15.º e segs. do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro” (ponto 2 do ofício de 9.12.2003), remeter para um procedimento de recrutamento simplificado não atenua o dever da Administração o organizar e realizar de acordo com os parâmetros jurídicos (referidos) de uma concorrência leal e justa.

9. “Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados na forma prevista na lei”, constituindo uma das garantias fundamentais dos administrados (artigo 268.º, n.º 3, 1.ª parte, da Constituição). O artigo 66.º, alíneas *a*) e *c*), do CPA impõe a notificação das decisões que decidam sobre quaisquer pretensões dos interessados e que afectem o exercício de direitos ou interesses legalmente protegidos. A notificação deve conter, necessariamente, a indicação do autor do acto, a menção do uso de delegação de poderes, quando for o caso, os fundamentos da decisão, o texto integral do

acto, data da decisão e a indicação do órgão competente para apreciar a impugnação administrativa do acto e do prazo para o efeito (artigo 68.º do CPA)¹⁹⁸. O recurso, com utilidade, às garantias administrativas e contenciosas depende da notificação atempada e suficiente dos actos lesivos dos particulares (artigo 20.º, n.º 1, e artigo 268.º, n.º 4, da CRP).

A importância da notificação do acto homologatório das listas de classificação final do procedimento de recrutamento em causa não foi devidamente acautelada. Com efeito, em 9 de Dezembro de 2003, tal acto, datado de 10 de Setembro de 2003, não tinha sido notificado a uma das candidatas, que, com razão, em 30 de Outubro de 2003, invocava encontrar-se “impedida de exercer os seus direitos de recurso hierárquico ou contencioso por falta de objecto”, por não ter conhecimento do acto administrativo praticado, e que, “mesmo que este existisse” (o que punha em causa), tinha “dúvidas sobre a eficácia de uma impugnação judicial sobre a sua situação jurídica deste procedimento”.

10. Nestes termos, impõe-se fazer reparo à actuação da Administração e solicitar a melhor atenção para os aspectos que ficam expostos.

¹⁹⁸ A aplicação da Portaria n.º 63/97, por decorrência do n.º 2 do artigo 26.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 28/2001/M, de 20 de Outubro, não pode deixar de fazer-se com as adaptações atinentes ao facto de o procedimento de recrutamento em causa se reconduzir à publicitação de oferta pública de emprego do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro (artigo 1.º, n.º 3, e artigo 11.º, n.º 2, da Portaria n.º 63/97, de 16 de Junho).

A horizontal band across the middle of the page. The left portion shows a grayscale landscape with a winding path or river. The right portion is a dark gray rectangular area containing the text '2.5.'. Below this band is a lighter gray rectangular area.

2.5.

Assuntos judiciais;
defesa nacional;
segurança interna
e trânsito;
registros 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

Em 2004, o número de processos distribuídos à área foi ligeiramente inferior ao do ano anterior.

A pendência, no entanto, baixou substancialmente – mais de 150 processos – pois, em 2004, o número de processos arquivados na área quase duplicou. Para tal, contribuiu uma tomada de posição, em articulação com o Ministério dos Negócios Estrangeiros e a Conservatória dos Registos Centrais, relativa às queixas provenientes de cidadãos indianos que pretendem a nacionalidade portuguesa e a cujo grande aumento se fez referência no relatório anterior.

Administração da Justiça

As queixas relacionadas com demoras na tramitação de processos judiciais retomaram o tradicional primeiro lugar, regressando aos valores de 2001: mais de 40% do total da área.

São, na quase totalidade, relativas a processos que correm termos na 1.^a instância, já que nos tribunais superiores os atrasos são muito raros.

Conforme se pode verificar pela leitura dos resumos anotados (R-1841/04 e R-3352/04), tem sido possível, sem interferir na actividade judicial propriamente dita – excluída da competência do Provedor de Justiça, nos termos do art. 22.º, n.º 3, do seu Estatuto – obter, pela nossa mediação, resultados que excedem a mera intervenção nas demoras processuais.

Relativamente a estas, há que registar um aumento significativo no número de processos que, acompanhando falências, foram concluídos durante o ano. Muitos destes processos encontravam-se pendentes há vários anos.

A referência, feita no relatório anterior, à melhoria na eficiência e nas relações com o Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça confirmou-se inteiramente ao longo de 2004.



Actuação policial

Diminuíram, em valor absoluto e relativo, as queixas incluídas nesta rubrica. Embora as queixas em que é posta em causa a Polícia de Segurança Pública continuem a ser em maior número do que aquelas que respeitam à Guarda Nacional Republicana, a diferença diminuiu sensivelmente.

Os casos de violência policial que nos foram comunicados são metade dos recebidos no ano passado. Duas dessas queixas são já da segunda metade do mês de Dezembro, pelo que, no fim do ano, ainda continuavam em instrução. Na terceira, do mês de Março, o reclamante apresentara, igualmente, queixa crime. O nosso processo foi arquivado sem prejuízo de aguardar o envio de alguma comunicação relacionada com eventuais anomalias na tramitação do processo judicial, o que, até à data, não ocorreu, mantendo-se, portanto, o arquivamento dos autos.

Trânsito

Houve uma baixa superior a 10% nas queixas incluídas nesta rubrica. No ano de 2004 foram autonomizadas as questões em que não está em causa a simples contestação de contra-ordenações mas é posto em questão o próprio ordenamento do trânsito ou denunciada a deficiente sinalização pública.

É gratificante verificar que o acompanhamento, por parte da Provedoria de Justiça, dos casos que nos são transmitidos, designadamente impugnações de autuações, tem levado a uma mais cuidada apreciação das defesas apresentadas pelos cidadãos com um conseqüente maior êxito das mesmas. Aliás, a utilidade da nossa intervenção em situações que, originados em casos concretos são de interesse mais geral, fica bem patente no texto anotado referente ao processo R-2188/04.

Nacionalidade/Vistos

As queixas relativas a estas matérias regressaram aos seus valores habituais depois do “pico” registado em 2003.



Verificou-se, também, no ano a que se reporta o presente relatório, uma subida acentuada nos processos relacionados com a obtenção de vistos que resultou não só da forte corrente imigratória mas de razões conjunturais que estarão já debeladas.

Manteve-se, ao longo do ano e pelas razões já apontadas no anterior relatório, uma grande morosidade no tratamento de alguns dos processos relativos à atribuição e aquisição de nacionalidade portuguesa.

Registos e Notariado

A percentagem destes casos no total dos distribuídos à área subiu ligeiramente.

A colaboração com a Direcção-Geral dos Registos e do Notariado continua a ser excelente e, também nesta rubrica, há que referir uma situação em que, para além da solução do caso concreto, se conseguiu resolver, para o futuro, um problema de ordem geral (v. anotação do processo R-4113/03).

Lamentavelmente, ainda não foi durante este ano que se resolveram as duas questões mencionadas no relatório do ano anterior e relacionadas com a impossibilidade de o vendedor de um automóvel poder promover o registo a favor do comprador e com a imposição legal de apenas a conservatória do registo predial da área de residência do requerente poder funcionar como conservatória intermediária relativamente à documentação referente a registo de automóveis.

São matérias em que a nossa intervenção é limitada por estarem dependentes de uma prévia decisão quanto à sua oportunidade política.



Assuntos judiciais...

Queixas apresentadas em 2004, por assuntos

Assuntos	Nº Queixas	Percentagem
1. ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	325	41,45%
1.1. ATRASO NA JUSTIÇA	205	63,08%
Processos cíveis	127	61,95%
Processos crime	25	12,20%
Processos falência	11	5,37%
Processos administrativos e fiscais	19	9,27%
Ministério Público	16	7,80%
Tribunais superiores	1	0,49%
Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça	6	2,93%
1.2. OUTROS	120	36,92%
2. NACIONALIDADE/VISTOS: Atrasos na concessão	215	27,42%
Nacionalidade (CRC e SEF)	185	86,05%
Vistos (SEF e Consulados)	30	13,95%
3. TRÂNSITO	59	7,53%
3.1. TRÂNSITO	13	22,03%
3.2. CONTRA-ORDENAÇÕES (RODOVIÁRIAS)	30	50,85%
Forças policiais	16	53,33%
Governos Cívicos	2	6,67%
Direcção-Geral de Viação/Direcções Regionais	9	30,00%
EMEL	1	3,33%
Polícia Municipal	2	6,67%
3.3. CARTA E ESCOLAS DE CONDUÇÃO	16	27,12%
4. SEGURANÇA INTERNA	36	4,59%
4.1. ACTUAÇÃO POLICIAL	34	94,44%
Polícia de Segurança Pública	19	55,88%
Guarda Nacional Republicana	12	35,29%
Polícia Judiciária	3	8,82%
4.2. VIOLÊNCIA POLICIAL	2	5,56%
Polícia de Segurança Pública	1	50,00%
Guarda Nacional Republicana	1	50,00%
Polícia Municipal	0	0,00%
5. REGISTOS E NOTARIADO	26	3,32%
6. OUTROS	123	15,69%
TOTAL	784	100,00%

Nota: Todos os processos não qualificados na rubrica própria estão incluídos na rubrica "Outros"

2.5.2. Processos anotados

R-4113/03

Assessor: Maria do Pilar Amado d'Aguiar

Assunto: Emissão de certidões de actos cuja conta esteja por liquidar.

Objecto: Reclamação pelo facto de uma conservatória do registo comercial se ter recusado a emitir certidão referente a um acto cuja conta se encontrava por liquidar.

Decisão: O processo foi arquivado após a pretensão do reclamante ter sido satisfeita.

Síntese:

O reclamante requereu numa conservatória do registo comercial uma certidão referente a um acto cuja conta se encontrava por liquidar, tendo a sua passagem sido recusada nos termos do disposto no artigo 133.º, n.º 4, do Decreto Regulamentar n.º 55/80, de 08/10.

Uma vez que a referida norma só fará sentido se aplicada quando as certidões sejam requeridas pelo responsável pelo acto por liquidar, foram realizadas diligências junto da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, tendo a certidão requerida sido passada logo após a nossa intervenção.

Em seguida, foram solicitados pela Provedoria de Justiça esclarecimentos sobre a aplicação do artigo acima mencionado. As conclusões alcançadas na informação elaborada sobre o assunto, publicadas no n.º 4/2004 do Boletim dos Registos e do Notariado, foram no sentido de o n.º 4 do art. 133.º do mencionado decreto regulamentar ser interpretado de forma restritiva de molde a não vedar, genericamente, o acesso ao registo, não devendo ser emitidas certidões de actos cuja conta está por liquidar, apenas e tão-só, quando as mesmas sejam requisitadas pelo responsável, ou responsáveis, pelo pagamento em falta.



Assunto: Contagem de prisão preventiva.

Objecto: Que a prisão preventiva sofrida à ordem de um processo arquivado por dizer respeito aos mesmos factos que outro já decidido fosse tida em conta na contagem da pena de prisão aplicada neste último.

Decisão: Satisfeito o objectivo com que fora aberto o processo, este foi arquivado.

Síntese:

A dificuldade em resolver este caso resultava do facto de o processo em que houvera a condenação em pena de prisão se encontrar em recurso, embora o reclamante que se nos dirigiu não tivesse recorrido.

Através de contactos informais mantidos com o tribunal de 1.^a instância; o Tribunal da Relação; o Supremo Tribunal de Justiça e os respectivos serviços do M.^o P.^o, foi possível, em cerca de dez dias, conseguir que fosse elaborada uma nova liquidação da pena de prisão em causa e desencadeados os mecanismos necessários à apreciação da liberdade condicional do recluso.

Assunto: Realização de provas oralizadas para obtenção de licença de condução de ciclomotores e motociclos de cilindrada não superior a 50cc.

Objecto: Reclamação pelo facto de ter sido indeferida a realização de prova teórica oralizada para obtenção de licença de condução de ciclomotores e motociclos de cilindrada não superior a 50cc.

Decisão: O processo foi arquivado após a pretensão do reclamante ter sido satisfeita.

Síntese:

O reclamante requereu junto da Direcção-Geral de Viação a realização de prova teórica oralizada para obtenção de licença de condução de ciclomotores e motociclos de cilindrada não superior a 50cc, o que foi indeferido por não se encontrar instalada a prova oralizada em sistema interactivo multimédia, com utilização de auscultadores.

Na sequência de diligências realizadas pela Provedoria de Justiça junto da referida Direcção-Geral, foi implementado o sistema multimédia que permite a realização das provas teóricas para os candidatos à obtenção da licença acima mencionada, incluindo, se necessário, o recurso à prova oralizada.

Situação idêntica foi resolvida, simultaneamente, no âmbito do processo R-1527/04.

R-3352/04

Coordenador: José Miguel Pereira dos Santos

Assunto: Atraso na apreciação e concessão de liberdade condicional.

Objecto: O reclamante alegava que, por lapso de um funcionário judicial, constava como arguido em processo em que era apenas testemunha, o que impediu a apreciação atempada do seu pedido de liberdade condicional.

Decisão: O reclamante acabou por ser libertado em 14 de Outubro de 2004.

Síntese:

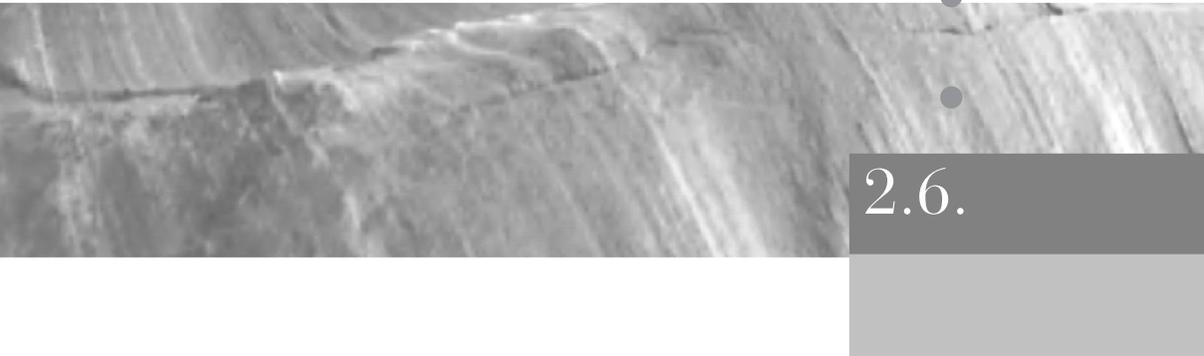
Iniciada a instrução do processo, verificou-se que o recluso fora absolvido em processo que determinara, anteriormente, a negação de liberdade condicional e que nem o Tribunal de Execução de Penas nem o estabelecimento prisional tinham conhecimento dessa absolvição. Decorriam as férias judiciais de Verão, mas foi possível fazer chegar ao Tribunal de Execução de Penas a sentença absolutória. No entanto, apesar dos contactos com o tribunal e com a advogada do recluso, só a partir do dia 15 de Setembro se conseguiu dar andamento às diligências necessárias à reapreciação do processo de liberdade condicional.



Assuntos judiciais...

A intervenção da Provedoria de Justiça foi, considerando o período de férias e a inércia dos organismos em causa, fundamental para que o assunto fosse desbloqueado com maior brevidade do que o normal funcionamento das instituições faria antever.





2.6.

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

Coordenador:

João Portugal

Assessores:

Maria Eduarda Ferraz

Genoveva Lagido

Ana Corrêa Mendes

Isaura Junqueiro

João Batista

2.6.1. Introdução

1. Nesta área da Assessoria está a responsabilidade pelo tratamento das queixas pertinentes a matérias de vária ordem, nada havendo de substancial a notar no ano de 2004 a este respeito.

2. As três matérias mais em foco, oportunamente mencionadas no Relatório de 2003, mantiveram o seu peso esmagador, representando em 2004, no seu conjunto, 76% dos processos recebidos (68% em 2003).

3. Os Assuntos Penitenciários, mercê também da duplicação do número de queixas face ao ano precedente, representaram, em 2004, 29% do total de processos recebidos. A Educação desceu dos 27% registados em 2003 para uma percentagem de 20%. Em contrapartida, por via da triplicação do número de queixas face ao registado em 2003, especialmente no que à actuação do SEF diz respeito, as matérias do Direito dos Estrangeiros e da Nacionalidade, em conjunto, subiram de 17% para 27%.

4. No que toca ao critério formal de distribuição de processos a esta Área, ou seja, quanto às situações, originadas por queixa ou por iniciativa própria, em que se equaciona a possibilidade de iniciativa de processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou legalidade de normas, ou ainda da verificação da inconstitucionalidade por omissão, mantendo-se o seu número absoluto, desceu a sua proporção de 12% para 8%, mantendo-se a heterogeneidade já em anos anteriores denunciada.

5. Como se vê, a aparente heterogeneidade de matérias é, ainda assim, minimizada por quase 4/5 do total das queixas dizerem respeito a três assuntos fundamentais, muito embora, em sentido contrário, as alegações de inconstitucionalidade nas normas mais díspares exijam estudo nos mais variados temas. Tal também contribuiu para, uma vez mais, não se ter ido além da finalização desse estudo em metade dos processos deste tipo organizados em 2004.

6. A já mencionada opção preferencial pela feita de recomendação,¹⁹⁹ quando o seu eventual acatamento torne dispensável o recurso à fis-

¹⁹⁹ Cf. Relatório de 2003, pg. 765.

calização da constitucionalidade, explica que muitas das recomendações que neste capítulo se contêm sejam reportadas a matérias diversas das desta Área.

Assuntos político-constitucionais

7. Durante o ano de 2004 foram entregues no Tribunal Constitucional dois pedidos de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, ambos relacionados com situações remuneratórias na função pública. Do seu teor, dá-se notícia integral no lugar próprio deste Relatório.

8. Foram publicados em Diário da República, durante 2004, dez acórdãos pelos quais deu o Tribunal Constitucional resposta a iniciativas anteriormente apresentadas pelo Provedor de Justiça, no âmbito da fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e/ou da legalidade.

9. Dessas dez decisões, em seis deu-se provimento, total ou parcial, ao pedido oportunamente formulado, sendo de quatro o número de decisões negativas.²⁰⁰

10. De entre as decisões positivas,²⁰¹ permito-me realçar os Acórdãos 562/2003²⁰² e 232/2004,²⁰³ como manifestação, ambos, de uma lição constitucional que o legislador tanto tarda em aprender, qual seja a que resulta do art. 30.º, n.º 4, da Constituição. É notável, na verdade, a pertinácia com que as sucessivas legislaturas e os sucessivos Governos ignoraram, pelo menos nos últimos 23 anos, não só texto da Lei Fundamental como a lição a respeito dada pela jurisprudência constitucional.

11. De entre as decisões de conteúdo negativo, acima notadas, julgo ser de assinalar em especial duas.

12. Assim, pelo Acórdão 122/2004, foi negado provimento ao pedido a que fiz especial referência neste mesmo lugar, no Relatório de 2003,²⁰⁴ a propósito da ausência de protecção que o regime vigente do arrendamento propicia aos senhorios que careçam do local arrendado para sua habitação.

²⁰⁰ Cf. o mapa que noutro lugar se coloca a este respeito. Os acórdãos em causa têm os n.ºs 122/2004, 70/2004, 289/2004 e 261/2004.

²⁰¹ Acórdãos 562/2003, 616/2003, 154/2004, 563/2003, 232/2004 e 589/2004.

²⁰² Cfr. o pedido no Relatório de 1999, 2.º volume, pg. 156.

²⁰³ Cfr. o pedido no Relatório de 1999, 2.º volume, pg. 225.

²⁰⁴ Cf. pg. 766.

13. Acompanhando o essencial dos votos de vencido, creio que a posição maioritária do Tribunal peca por se estribar numa pré-compreensão que, cada vez mais, não corresponde à realidade social, qual seja a da facilidade do dono do imóvel em arranjar solução para o seu problema de habitação, por contraste com a situação mais carenciada do inquilino.

14. Sem entrar no debate sobre o mérito das soluções legais que vigoraram e ainda vigoram a este respeito, nos estritos limites do pedido de fiscalização que formulei não era possível determinar aprioristicamente qual a situação mais necessitada da tutela do Direito, nisso consistindo a inconstitucionalidade que continuo a defender que vicia a resposta legalmente vigente.

15. A solução que obteve vencimento resulta de uma presunção que, inilidível que é, chocará em bastos casos, inelutavelmente, com a realidade, qual seja a da voluntariedade da situação de precisão em que se encontra o senhorio²⁰⁵ e os danos sofridos pelo inquilino perante a mudança que lhe é imposta, podendo estar (ou não, direi eu) em situação de fragilidade, de saúde ou económica.

16. Chamo ainda a atenção para o teor do Acórdão 70/2004, a respeito da fixação da taxa do Imposto sobre os Produtos Petrolíferos. Não podendo acompanhar a posição que obteve vencimento, aliás por um voto apenas, creio ser de assinalar os riscos que aquela, extrapolada a doutrina assim fixada para o sistema fiscal na sua globalidade, tem, em termos das garantias mais básicas que nos alvares do Estado de Direito o princípio da legalidade e o da representação consolidaram. Fica aberta a porta, temo, para que a discricionariedade administrativa tenha mais franca entrada, aí onde se julgaria a mesma detida pelas garantias constitucionais hoje expressas no art. 103.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

Educação

17. No que diz respeito à Educação, matéria que, no que diz respeito às reclamações recebidas, quantitativa e qualitativamente não sofreu alterações face ao anteriormente relatado, quero deixar primeiramente nota da publicação, por fim, de um regime normativo adequado a decidir as preten-

²⁰⁵ Quiçá ele mesmo inquilino.

sões das pessoas que, em tempo, obtiveram diversificadas habilitações, e que agora queriam ver estabelecida a sua equivalência, em geral ao 3.º ciclo do ensino básico, ao 11.º ano ou mesmo ao 12.º ano.

18. Na sequência de procedimentos decididos de modo avulso, entendeu o membro do Governo competente, em finais de Dezembro de 2001, mandar suspender toda e qualquer concessão de equivalência até feitura do quadro normativo adequado.

19. Não se discutindo a bondade desta decisão, inclusivamente pela dificuldade e delicadeza de decisão em que matéria onde a justiça, absoluta como relativa, tanto importa, pena foi, todavia, que só em Agosto de 2004, através do Despacho 15820/2004 (2.ª série), fosse fixado um quadro adequado a tal fim. O procedimento da Administração, durante este período de imposta inacção, não foi o mais eficiente na transmissão da informação aos peticionantes, designadamente quanto ao motivo da não resposta e ao prazo previsível para a superação do estado de coisas, factos que foram alvo do devido reparo.

20. Importa também chamar a atenção para o considerável número de queixas que surgem a respeito da avaliação, nalguns casos no ensino superior, mas principalmente aqui interessando o que se refere ao ensino básico e secundário.

21. A este propósito, duas notas interessa frisar. Primeiramente, não vale de muito pretender-se estabelecer um processo de reexame da avaliação sem que se faça sentir claramente aos alunos e respectivos encarregados de educação, da forma mais acessível a um destinatário médio, sem conhecimentos específicos de maior, os limites em que necessariamente pode ocorrer esse reexame e os poderes que têm ou que não podem ter entidades externas à escola, desde logo as estruturas administrativas do Ministério da Educação.

22. Um fenómeno que tenho observado, aliás com a conivência de algumas daquelas estruturas, assenta na observância de preocupações garantísticas estritas, perdendo de vista o objectivo fundamental da avaliação.

23. É, assim, frequente encontrar pais que pretendem ver modificada a nota do seu filho, nas mais das vezes, em termos que pretendem que possibilite a transição de ano, arguindo uma má conduta prévia de professores ou da escola no seu conjunto.

24. Já em certas ocasiões se verificou ter esta linha de apreciação o suporte da respectiva direcção regional de educação, sendo certo que a ninguém parece ter ocorrido os efeitos perniciosos que uma avaliação eminentemente ressarcitória de danos hipoteticamente tidos por verificados, não correspondendo a competências e saberes efectivamente adquiridos, certamente propiciaria, causando danos porventura maiores, no aluno em causa e nos seus colegas. A ninguém, nem à Administração, aliás, parece ter ocorrido que a deficiência no cumprimento da missão educativa se deve resolver, se necessário e adequado for, em sede disciplinar, ou pelo menos na adopção de medidas correctivas e preventivas para o futuro.

Assuntos penitenciários

25. Nesta matéria, como acima já se enunciou, ocorreu uma duplicação do número de queixas, isto face a 2003, retomando níveis proporcionalmente idênticos aos de anos passados.

26. Apesar de entregue oportunamente ao XV Governo Constitucional, como se referiu em devido tempo,²⁰⁶ o III Relatório sobre o Sistema Prisional, até ao termo de funções do mesmo nenhuma resposta foi recebida, situação que permaneceu até ao fim do ano de 2004 e inclusivamente ao momento em que escrevo.

27. Muito embora considere claramente inadaptado a casos similares o prazo legal de 60 dias para resposta a recomendações, não posso senão formular um juízo negativo a este respeito, aliás todo de imputar ao XV Governo Constitucional e não ao XVI.²⁰⁷

28. Espero em breve colher, por parte do XVII Governo Constitucional, a sua opinião sobre as propostas que naquele lugar formulei.

29. Persistindo o elevado número de reclamações respeitando a transferências, quer entre estabelecimentos nacionais, quer para o estrangeiro, tem-se sentido um aumento na justificação daquelas por razões ligadas à segu-

²⁰⁶ Cf. Relatório de 2003, pg. 769.

²⁰⁷ Desde logo não podendo exigir uma resposta sobre temas semelhantes a partir do momento em que foi dissolvida a Assembleia da República.

rança dos peticionantes, temerosos de represálias por parte de outros reclusos, por dívidas em geral ligadas ao consumo de estupefacientes.

30. Durante 2004 continuaram a realizar-se várias visitas, quase sempre sem aviso prévio, a alguns estabelecimentos prisionais, pela dimensão da sua população, problemas conhecidos ou conexão com queixas recebidas.

31. Noutro lugar deste Relatório encontrar-se-á a transcrição integral de recomendação oportunamente formulada à Ministra da Justiça, ainda no XV Governo Constitucional, sobre vários aspectos do regime aplicável à prisão preventiva.

32. Para além de chamar a atenção para aspectos que, podendo rapidamente considerar-se secundários, são essenciais na manutenção de uma acção penal justa, como é o caso das alterações a respeito do prazo máximo de prisão preventiva e de desconto da pena, permito-me notar a importância que tem a resposta à questão, em si mesma singela, de quem deve suportar o risco daquela acção penal, se o arguido, se outrem, no caso, a comunidade.

33. É que admitir a manutenção do actual regime legal nesta matéria, que remete para a verificação de condicionalismos estreitos, de natureza, quer-se crer, bastante excepcional, significa que toda e qualquer pessoa tem sobre si, afinal, o porventura ignorado ónus de, querendo viver em sociedade, ter que arcar com a possibilidade de lhe ver ser movido um processo crime, permanecer legitimamente em prisão preventiva, ser absolvida,²⁰⁸ e, por inocente que tenha sido reconhecida, sofrer impassivelmente todos os danos, materiais e morais, que a reclusão inevitavelmente acarreta.

34. A resposta recebida do Governo remetia para a discussão da reforma penal e processual penal, em curso no Parlamento.

35. Foi realizada em 2004, em termos que, pelo menos nos últimos decénios, se julga inéditos, uma visita a todos os estabelecimentos prisionais militares, locais para cumprimento de sanções disciplinares privativas da liberdade, de prisão preventiva e de condenações em pena de prisão, numa realidade bastante distinta da do sistema penitenciário comum.

²⁰⁸ Em sentido comum e não técnico.

Direito dos estrangeiros e nacionalidade

36. Aumentou bastante, como acima se disse, o número de reclamações apresentadas por cidadãos estrangeiros,²⁰⁹ a respeito, na esmagadora maioria, de procedimentos pendentes no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

37. Triplicando o número de queixas verificado no ano anterior, com nítida concentração no último quadrimestre de 2004, é possível que seja esta uma resposta às observações que em diversas ocasiões tenho feito para o défice de utilização do Provedor de Justiça que nesta matéria sinto existir.

38. É aliás sintomático que muitas queixas, em especial das de pessoas com menos instrução, sejam dirigidas ao “Provedor de Justiça na Defesa do Imigrante”, título de um folheto desdobrável de divulgação da Instituição que se distribuiu com a colaboração das Lojas do Cidadão e do ACIME.

39. A deficiente prestação de resposta pelo SEF, posto que em prazo generoso face ao cominado legalmente, continua a ser o maior fundamento de queixa, estando essencialmente em causa processos de concessão de autorização de residência com dispensa de visto e de reagrupamento familiar.

40. É urgente o reexame do sistema que hoje pretende traduzir a resposta do Estado aos problemas colocados no controlo da permanência em Portugal de cidadãos estrangeiros.

41. Nessa perspectiva, a multiplicação dos regimes em nada ajuda os já escassíssimos recursos humanos do SEF, também contribuindo para aumentar no imigrante, desprovido em geral de formação jurídica, o sentimento de confusão e de incerteza quanto aos direitos e deveres que lhe cabem. Em 2004, com a criação de mais um novo instrumento de regularização, cuja finalidade não contesto, aumentou-se ainda mais a entropia do sistema, sendo de desejar que se alcancem soluções de maior fôlego.

42. Instrumento em si mesmo generoso, na regularização que promove, mas que bastos problemas tem causado é o da autorização de permanência.

²⁰⁹ Sendo mínimo o número de queixas apresentadas por pessoas colectivas, alguns casos há em que o reclamante é o cônjuge ou unido de facto, português, do interessado, ou ainda, um terceiro mais solidário e empenhado no apoio ao imigrante.

43. Em primeiro lugar, dado o seu curto prazo de vigência e tendo em conta as vicissitudes do emprego, em cenário económico difícil, será bastante mais frequente, do que noutros títulos mais estáveis, como é o caso da autorização de residência temporária, coincidir o momento da prorrogação com uma situação pontual de desemprego, a qual, não sendo superada a breve trecho, conduz, afinal, à recaída na irregularidade e na economia informal.²¹⁰

44. As questões existentes sobre a possibilidade da recondução do titular de autorização de permanência ao conceito de residente tem levado a inúmeros desencontros na aplicação de regras cujo âmbito não devia permitir qualquer retracção. É esse o caso de prestações sociais, como era também o caso do recebimento do subsídio de desemprego. Nesta última situação, a propósito de um caso concreto em que se negava a prorrogação a quem estava a receber este subsídio, reconheceu o SEF a necessidade de respeitar o período legalmente fixado para esse recebimento, tratando-se ademais de prestação cuja índole de reintegração é evidente e expressamente balizada como fundamento da mesma.

45. Também o facto de o prazo da autorização inicial ser tão curta, bem como o de cada prorrogação, leva a que, pela demora no procedimento, a prática dos actos administrativos em causa seja bastante mais próxima do momento da sua caducidade do que da do início de eficácia.

46. Uma proposta para se considerar aplicável, por analogia, a regra de deferimento tácito prevista no art. 92.º-A do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na sua redacção actual, por mim dirigida ao SEF, não foi aceite, por mais que se apontasse o facto de, dado o prazo anual de cada prorrogação, coincidente com o legalmente estabelecido para a revogação de actos ilegais, posto que constitutivos de direitos, nenhum problema existir na posterior revogação de acto ilegal tacitamente deferido.

47. Creio, a este respeito, que a adopção de uma maior selectividade dos aspectos que merecem, pelas mais variadas razões, desde a segurança nacional à protecção dos próprios imigrantes e da sua dignidade (que também é a nossa), a atenção privilegiada do Estado e demais poderes públicos, permitiria uma utilização mais racional e eficaz dos recursos, com tradução cola-

²¹⁰ Não sendo conhecido movimento expulsivo notável.

teral, v. g., ao nível da cobertura da economia pelos sistema fiscal e da segurança social.

48. Tendo-me sido comunicada a existência de dificuldades, por parte de algumas juntas de freguesia, em atestarem a residência na sua circunscrição de estrangeiros em situação irregular, julgando ser-lhes isso vedado e confundindo o papel desse documento com o da autorização de residência ou título similar, dirigi à Associação Nacional de Freguesias a comunicação que adiante se insere, pedindo a sua colaboração para a divulgação da mesma junto de todas as freguesias portuguesas, na impossibilidade de tal ser feito pelo Provedor de Justiça, dados os mais de cinco milhares actualmente existentes. Já em 2005 foi recebida resposta favorável a este meu pedido de colaboração, o que registo com satisfação e espero seja contributo importante para maior inserção dos estrangeiros que se encontram entre nós, posto que irregulares.

49. No final de 2004, na impossibilidade evidente de a todas ouvir, foram seleccionadas, desde logo tentando abarcar um leque representativo de todas as nacionalidades de origem, algumas associações de imigrantes, bem como outras instituições que, sem tal carácter, fazem do apoio ao imigrante a sua actividade nuclear.

50. Estes encontros, para além de propiciarem um conhecimento comum mais aprofundado, serviram ao Provedor de Justiça para apurar os problemas mais prementes que os próprios interessados sentem como seus, isto no quadro da programada intervenção de maior fundo nesta matéria.

Direitos, liberdades e garantias

51. Lamentavelmente, não se teve conhecimento, durante 2004, de nenhuma modificação no estado de coisas relativo à superação da inconstitucionalidade por omissão verificada, já em 2002, pelo Tribunal Constitucional, no que diz respeito à falta de previsão legal bastante para apoiar no desemprego os funcionários e agentes administrativos.

52. De igual forma, nenhum avanço sensível sofreu a questão do apoio na maternidade às agentes administrativas.

53. A minha Recomendação, dirigida à Assembleia da República em 2003, sobre o âmbito de aplicação da Lei n.º 5/2001, de 2 de Maio, mereceu algum eco, tendo sido apresentados projectos de lei que iam no mesmo sentido

por alguns Deputados pertencentes aos Grupos Parlamentares do Partido Socialista e do Partido Comunista Português. Tendo os mesmos caducado pela dissolução da Assembleia da República, espero que sejam, os mesmos textos ou outros com fim idêntico, retomados na X Legislatura.

54. Fiz também referência, no Relatório anterior, a uma recomendação por responder, relativamente ao voto antecipado. Muito embora se tenham entretanto alargado as preocupações no domínio da legislação eleitoral, desde já me refiro a uma disfunção no actual ordenamento legislativo e para o qual, motivado por queixa da Comissão Nacional de Eleições, alertei oportunamente o Governo.

55. Trata-se da diferença actualmente existente entre o regime da função pública e o da legislação laboral, a respeito dos direitos e garantias consagrados para os candidatos eleitorais, com prejuízo nítido para os trabalhadores sem vínculo de natureza pública. Sem me querer pronunciar sobre a bondade de uma ou outra solução, aliás, plausivelmente, carecendo qualquer delas de adaptação face ao tipo de acto eleitoral que concretamente esteja em causa,²¹¹ a igualdade de acesso aos cargos electivos exige uma harmonização de regimes.

Outros assuntos

56. Já acima se disse que as queixas sobre as demais matérias a cargo desta Área não assumiram peso significativo, apenas de cerca de 10% do total de processos à mesma distribuídos.

57. Noutro lugar tendo chamado a atenção para o aumento de queixas provenientes de entidades públicas, será aqui a ocasião para notar a dificuldade que por vezes se gera na intervenção que é pedida para dirimir conflitos entre autarcas, com carácter intraorgânico ou, por vezes, interorgânico.

58. O limiar muito ténue entre o cumprimento da legalidade e o combate político, mais ou menos intenso, torna o diálogo entre o Provedor e a

²¹¹ As necessidades de um candidato a uma assembleia de freguesia para contactar com o seu eleitorado são manifestamente distintas das de um candidato a um órgão municipal, à Assembleia da República, ao nível de um círculo eleitoral (distrito/região autónoma, para não falar dos restantes), ou à Presidência da República.

Administração assente em bases pouco serenas e sempre passíveis de serem usadas como arma de arremesso a nível local.

59. É esse o caso do acesso a documentos, em que se tem sempre lutado pela adopção de critérios de razoabilidade na feitura de cópias, pedindo a compreensão do reclamante para uma consulta prévia que permita, livre mas conscientemente, qualificar as cópias que se reputam como necessárias, passo prévio não exigido por lei mas que bem ganharia em ser aqui estabelecido.

60. Foi esse também o caso de algumas intervenções que me foram solicitadas, por vereadores da oposição, a respeito da sua intervenção em boletins e páginas de internet municipais.

61. O cariz político da questão foi bem visível pela apresentação, em geral, de argumentos como o da invocação da qualidade pregressa de poder dos reclamantes, sem que tivessem então adoptado conduta similar à que ora reclamam, bem como à prática idêntica assumida em municípios vizinhos, cuja maioria da vereação pertence ao mesmo partido dos reclamantes.

62. Sem prejuízo da veracidade destes argumentos, que todavia se não podem aceitar, sob pena de redução, nesta situação como noutras, a um mínimo comum que pode não ser o mínimo exigível pelo Direito, eis uma matéria em que é fácil arrastar o Provedor de Justiça para um campo de jogo político-partidário, do qual, por natureza e imperativo legal, deve estar afastado.

63. Apoiando-me em entendimento passado da Alta Autoridade para a Comunicação Social, sugeri aos municípios a adopção de linhas de conduta que tornem os instrumentos de comunicação do município menos monolíticos na transmissão da opinião pelo prisma da respectiva maioria, sem grande sucesso.

64. Dirigi-me à Associação Nacional de Municípios Portugueses, solicitando o seu apoio na divulgação desta entidade, pedido que foi recusado por não compartilhar esta entidade, representando as maiorias actualmente existentes em cada município, da mesma posição.

65. Trata-se esta de matéria que, não tenho dúvida, irá, porventura lentamente, sofrer alteração, sendo já de saudar, designadamente na internet, as páginas de alguns municípios que disponibilizam ligações para páginas da responsabilidade dos respectivos vereadores da oposição. O saudável confronto de opiniões a isto aconselha.

Colaboração das entidades visadas

66. Apesar de todas as dificuldades, pode-se continuar a qualificar como satisfatória, a colaboração das várias estruturas do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, em especial incidindo o maior esforço na Direcção Regional de Lisboa, Vale do Tejo e do Alentejo. De notar que se notou, no final do ano, alguma deterioração da rapidez na resposta, que se atribuiu à sobrecarga induzida pelo processo de regularização ora encetado.

67. Ao nível do sistema penitenciário, com alguma eventual variação, mas sempre adoptando os meios mais céleres compatíveis com a natureza da matéria, nada há apontar à colaboração, quer dos serviços centrais da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, quer dos vários estabelecimentos cuja intervenção é requerida.

68. Ao nível dos serviços do Ministério da Educação, se nenhum reparo há a fazer às escolas envolvidas, parece notória a falta de condições em que laboram as respectivas direcções regionais, em especial aquelas que mais contactadas foram, a de Lisboa, a do Norte e a do Centro. Merece especial relevo a verificação, na primeira, de um sistema de controlo da entrada e posterior fluxo documental, em termos que propiciassem um efectivo domínio sobre os procedimentos legitimamente iniciados pelos particulares.²¹²

69. As universidades e institutos politécnicos, em geral, prestaram boa e pronta colaboração, sendo também correcto o relacionamento com os serviços do Ministério da Ciência, Inovação e Ensino Superior.

70. Permito-me realçar negativamente o sistemático incumprimento do prazo de resposta às recomendações, fixado pelo art. 38.º, n.º 1, da Lei 9/91, por parte do Ministério da Justiça, isto no quadro do XV Governo Constitucional.

²¹² Feita uma chamada de atenção, foi informado estar o mesmo sistema em curso de instalação.

2.6.2. Recomendações

Sua Excelência
a Ministra da Justiça

R-2579/03

Rec. n.º 1/B/2004

Data: 14.01.04

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

No âmbito das expropriações litigiosas, as indemnizações fixadas em sede de arbitragem ou pelos tribunais são pagas aos expropriados, designadamente através dos denominados precatórios.

Sobre os referidos documentos incide o imposto de selo, que constitui um encargo dos respectivos beneficiários ou destinatários, no caso em análise, dos próprios expropriados, conforme preceitua o art. 3.º, n.ºs 1 e 3, alínea s), do Código do Imposto do Selo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro, e republicado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro.

Nos termos do mencionado Código, o montante do imposto a pagar corresponderá a 0,5% da importância fixada a título de indemnização e entregue ao expropriado através do referido precatório – cf. ponto 18 da Tabela Geral do Imposto de Selo anexa à referida legislação.

Na circunstância em que os árbitros ou o tribunal vêm, a final, a dar provimento à pretensão do expropriado que não aceitou o valor indemnizatório proposto pela entidade expropriante em sede de expropriação amigável, a repercussão, na esfera económica do expropriado, daquele valor a pagar a título de imposto de selo, parece de alguma forma desadequada e mesmo injusta.

Assim, representando a expropriação que deu azo à fixação dessa justa indemnização um processo cuja iniciativa se revela alheia à vontade do expropriado, a operação por sua vez tributada a título de imposto de selo, aqui em



discussão não foi igualmente pelo mesmo pretendida, antes resultando do facto de não lhe ter sido proposta, pela entidade expropriante, a indemnização considerada justa, como determina a Constituição, para ressarcimento do prejuízo decorrente da expropriação.

De resto, alheia à vontade do expropriado é igualmente a opção pelo meio de pagamento em causa, que implica, por sua vez, o pagamento do imposto em referência.

O encargo imputado ao expropriado na situação aqui em análise – e que pode, no caso concreto, representar um encargo significativo – consubstanciará uma verdadeira redução do valor tido como justo no âmbito da expropriação em referência, definido em sede de arbitragem ou pelos tribunais.

Sendo certo que o direito à justa indemnização não obviará a que esse pecúlio possa ser tributado – como, de resto, tributado poderia ser o bem expropriado – parece, no entanto, que o encargo pelo tipo de tributação aqui em discussão, no caso em que o expropriado vê, em sede de arbitragem ou judicial, satisfeita a sua pretensão, onerará precisamente a parte que obteve ganho de causa no processo, e que não deveria ser por isso prejudicada.

Seria de todo mais adequado e justo que o encargo de que nos ocupamos recaísse, na situação particular em apreço, na esfera económica da entidade expropriante. Aliás, não é demais sublinhar que tal encargo não existe nas situações que enquadram as expropriações amigáveis, em que as partes acordam no valor da indemnização, por esta ser considerada como justa.

Nada havendo a criticar quando o particular expropriado vê o merecimento da intervenção judicial que suscitou ser-lhe negativo, por assim ficar estabelecido que a indemnização anteriormente proposta era justa, repugna que seja aquele particular onerado por apenas ter defendido, e com razão que lhe foi reconhecida pelo tribunal, os seus direitos.

Diga-se que uma solução como a que aqui se propõe não promove qualquer redução da receita fiscal em causa, já que não se sugere qualquer isenção ao pagamento do imposto de selo devido, mas apenas uma transferência, de uma entidade para outra, do respectivo encargo.

Assim sendo, pelas razões acima expostas e ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

a promoção, pelo Governo, de medida legislativa, designadamente em sede do Código das Expropriações, que estabeleça que, no caso em que o expropriado, inconformado com a proposta de indemnização que lhe é feita, em sede de expropriação amigável, pela entidade expropriante, recorra à arbitragem ou posteriormente aos tribunais comuns, e aí veja satisfeita, posto que parcialmente, a sua pretensão – no sentido de vir a ser fixado valor indemnizatório mais elevado que o proposto pela entidade expropriante em sede de expropriação amigável –, o pagamento das despesas inerentes a essa iniciativa, incluindo o imposto de selo que possa incidir sobre o documento através do qual é pago ao indemnizando o valor da indemnização, constitua encargo da entidade expropriante, sendo assim a quantia indemnizatória, nas circunstâncias descritas, recebida livre de encargos daquele tipo, independentemente de outros eventuais impostos que sobre a mesma possam recair.

Solução remetida para a reforma do Código das Expropriações

Sua Excelência
a Ministra da Justiça

P-19/94

Rec. n.º 3/B/04

Data: 05.02.2004

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Nota preliminar

O tema da prisão preventiva é um dos que recorrentemente agita a opinião pública, pelas razões conjunturais mais variadas. Será de crer que está o mesmo para a Justiça Penal como a morosidade para os demais ramos do Judiciário.

Se é avisado não se pretender legislar a propósito ou sobre o influxo de casos concretos, não creio também curial que a verificação de situações mais ou menos mediáticas seja suficiente para congelar o debate de ideias.

No que toca ao Provedor de Justiça, a matéria da prisão preventiva é amiúde aflorada, face às queixas recebidas de cidadãos que se encontram na situação em apreço e que, em geral, vêm contestar a sua aplicação no caso concreto.

É portanto verdade que o objecto das mencionadas reclamações se reconduzirá, no essencial, a um problema de aplicação da lei, de todo alheio a este órgão do Estado, pelo que a maior fatia da matéria em que se inserem tais reivindicações escapará à apreciação e à iniciativa do Provedor de Justiça.

Do teor desses mesmos protestos, já numa perspectiva abstracta, torna-se de qualquer forma possível – quando não necessário e imperioso – extrair alguns aspectos que, do meu ponto de vista, deverão desencadear uma reflexão ponderada sobre o regime legal que actualmente enquadra a medida de coacção aqui em discussão.

É precisamente o que tentarei fazer no âmbito do presente ofício, para efeitos de ponderação no contexto dos trabalhos de revisão do Código de Processo Penal, que se sabe estarem em curso. Refiro ainda, a este propósito, que tenho presente as iniciativas legislativas, em discussão na Assembleia da República, respeitantes ao regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado, que entendo no entanto, tal como são conhecidas neste momento, não serem suficientes para dar resposta satisfatória ao leque de preocupações concretamente respeitante à prisão preventiva, que a seguir se transmite a Vossa Excelência. Assim sendo, repito, pretendo com a presente iniciativa dar um contributo para os trabalhos legislativos, já encetados, que têm em vista a alteração da lei processual penal, onde terá lugar a solução para os problemas aqui enunciados.

Esclareço, antes de mais, que não serão os requisitos legais que enformam a aplicação da prisão preventiva que estarão aqui em foco – que de todo se não põem em causa, estando já suficientemente acautelados, em termos de ditame legislativo, os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação –, mas alguns outros aspectos específicos do respectivo quadro normativo global, essencialmente quando da sua concretização ressaltam o que entendo constituírem insuficiências do regime legal em apreço.

Tais insuficiências revelam-se, na minha perspectiva, ultrapassáveis – e com isto quero dizer que a superação das mesmas, nos termos propostos no

presente documento, não implicará, de forma alguma, qualquer ruptura com os elementos nucleares que caracterizam hoje em dia o instituto da prisão preventiva –, com garantia efectiva dos direitos dos cidadãos aos quais a mesma venha a ser imposta, constituindo ainda uma verdadeira mais valia para a construção de um Estado de direito mais consentâneo com os princípios constitucionais que o regem.

Finalmente, importa explicitar que o objecto desta minha iniciativa se circunscreverá essencialmente a uma das medidas de coacção, precisamente a prisão preventiva, previstas na nossa lei processual penal, sem prejuízo da nota que se fará, por razões de coerência legislativa, no ponto II da Recomendação, relativamente a duas outras medidas processuais, nos termos aí expostos.

Não obstante considerar-se que outras medidas de coacção, mormente a obrigação de permanência na habitação, poderiam igualmente justificar o mesmo tipo de iniciativa levada a cabo através do presente documento, é também inegável que a prisão preventiva é, de entre todas as mencionadas medidas permitidas pela legislação nacional, a que problemas mais específicos acarreta para os respectivos destinatários, pelo afastamento a que os obriga relativamente ao meio familiar e social em que habitualmente se inserem, e pelo esforço subsequente a que os sujeita no sentido da integração num ambiente onde se conjugam, e sentem já, todos os elementos próprios da situação de reclusão para expiação de verdadeiras penas de prisão²¹³. Acrescem as questões que se suscitam, mais tarde, com a necessidade da reinserção dos mesmos na família e na sociedade das quais estiveram, mesmo que temporariamente, privados.

Conforme adianta Luís Guilherme Catarino,²¹⁴ “*a prisão preventiva, só por si, acarreta inúmeros danos: privação da liberdade, estigmatização, privação ou diminuição de outros direitos fundamentais (inclusive de preparação da própria defesa), e um “déficit de inocência” – aumento das probabilidades de se ser condenado, ou objecto de uma pena mais dura*”.

²¹³ É de sobejo conhecida a praticamente ausência de separação entre reclusos em situação de prisão preventiva e já condenados, num cenário de sobrelocação para o qual se não vê fim, mesmo a médio prazo.

²¹⁴ *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 354.

Atenho-me aqui, especialmente, à própria privação de liberdade e aos danos, pessoais e sociais, que uma situação como esta acarreta, em termos familiares e profissionais, em momento anterior ao da obtenção de uma certeza sobre a existência de responsabilidade penal cuja censura seja proporcional a essa mesma privação e efeitos correlativos.

Não entrarei na questão concreta dos prazos máximos da prisão preventiva, não deixando contudo de fazer notar que a sua redução constituiria naturalmente uma das medidas desejáveis no âmbito das alterações à lei processual penal que venham a resultar do conjunto de iniciativas em curso.

Recomendação

I) Indemnização por privação da liberdade no âmbito da prisão preventiva

Não valerá a pena trazer de novo à colação os números que envolvem os presos preventivos no nosso país, com influência patente na caracterização dos reclusos e na sobrelotação das cadeias, da parte deste órgão do Estado já suficientemente ilustrados pelos sucessivos relatórios elaborados a propósito do sistema prisional.

Em contraste com o referido, temos no campo dos valores que norteiam a aplicação da matéria em causa, e para além dos princípios da legalidade, adequação, proporcionalidade e precariedade associados à aplicação das medidas de coacção e de garantia patrimonial em geral, o denominado princípio da subsidiariedade especificamente reconduzido à prisão preventiva, com expressão no art. 28.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, onde se pode ler que “*a prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei*”, e nos arts. 193.º, n.º 2, e 202.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Conforme escreve Maia Gonçalves,²¹⁵ o carácter subsidiário da prisão preventiva “*significa que a aplicabilidade da prisão preventiva se restringe aos casos em que, além dos parâmetros fixados em outras disposições, as restantes medidas de coacção se mostram inadequadas ou insuficientes. Trata-se*

²¹⁵ Código de Processo Penal Anotado, 10.ª edição revista e actualizada, 1999, p. 410.

da extrema ratio dentre as exigências cautelares do processo penal, e não da medida coercitiva por excelência”.

Não entrando obviamente na questão da aplicação concreta das normas que enformam a prisão preventiva, e independentemente de quaisquer estatísticas que envolvam o número de absolvições de presos preventivos – sendo que uma percentagem mesmo marginal dessas situações justificará sempre a apreciação que se fará de seguida –, importa analisar em que termos a legislação em vigor possibilita o ressarcimento de eventuais danos sofridos por aqueles que em determinadas circunstâncias se confrontam com a privação da liberdade, na sequência da aplicação de uma medida daquele tipo.

O princípio geral encontra-se mais uma vez consignado na Lei Fundamental, adiantando o respectivo art. 27.º, n.º 5, que *“a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer”.*

E a lei estabelece, no que à matéria que aqui nos ocupa importa, no art. 225.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que *“quem tiver sofrido detenção ou prisão preventiva manifestamente ilegal pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos com a privação da liberdade”*, explicitando por seu turno o n.º 2 do mesmo dispositivo que *“o disposto no número anterior aplica-se a quem tiver sofrido prisão preventiva que, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia”.*

Numa explicitação do mencionado dispositivo legal, pode ler-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 160/95 (publicado no Diário da República, II Série, de 27 de Outubro de 1995), que *“no n.º 1 do artigo 225.º em análise prevêm-se não só as prisões ou detenções preventivas manifestamente ilegais levadas a cabo por quaisquer entidades administrativas ou policiais como ainda por magistrados judiciais, agindo estes desprovidos da necessária competência legal ou fora do exercício do seu múnus ou, mesmo actuando investidos da autoridade própria do cargo, se hajam determinado à margem dos princípios deontológicos e estatutários que regem o exercício da função judicial ou impulsionados por motivações com relevância criminal (...). (...) Já no n.º 2 do preceito em apreço se contemplam as situações em que a prisão tenha cobertura legal quer pela qualidade e autoridade do órgão ou agente que a decretou quer pelos pressupostos abstractamente vertidos na lei para tal decretamento”.*

Assim sendo, a possibilidade de ser efectuado um pedido de indemnização nos termos referidos circunscreve-se às situações de prisão preventiva manifestamente ilegal ou às que, não traduzindo ilegalidade, revelam uma aplicação da medida injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia. Quanto a este ponto, vertido no n.º 2 do preceito, pode ler-se no mesmo aresto do Tribunal Constitucional o seguinte: *“De realçar que a lei fala em pressupostos de facto e não em pressupostos de direito; é pois claro que pretendeu afastar a respectiva previsão dos casos em que haja sido cometido qualquer erro acerca da lei a aplicar ou da qualificação jurídica dos factos em presença, ou seja, erro de direito em qualquer das suas modalidades de erro na aplicação, erro na interpretação ou erro na qualificação. E isto sem dúvida num objectivo de preservar a independência dos juízes na administração da justiça, os quais apenas se encontram, no exercício da sua competência funcional, apenas limitados pelo dever de obediência à Constituição e à lei e pelo respeito aos juízos de valor legais, não podendo porém ser responsabilizados pelos juízos técnicos emitidos nas respectivas decisões, ainda que estas possam, em via de recurso, ser alteradas por tribunais de hierarquia superior (...)”*.

Não contestando o teor do mencionado dispositivo legal, delimitado que se mostra o respectivo alcance através das citações jurisprudenciais acima feitas, entende-se que o mesmo poderá ficar aquém das exigências constitucionais sobre a matéria,²¹⁶ revelando-se insuficiente a protecção que tal normativo confere às situações que envolvem uma eventual aplicação da prisão preventiva, designadamente não abarcando, no n.º 2, as circunstâncias em que, não se revelando a prisão preventiva injustificada nos termos preceituados na lei, o arguido venha a ser absolvido do crime que a motivou, no processo no âmbito do qual a mesma foi decretada.

²¹⁶ Sendo certo que a remissão constitucional para “os termos da Lei”, que lhe confira exequibilidade, não pode ser um cheque em branco, devendo, quer em termos de avaliação do limiar de censurabilidade constitucional, quer em sede de avaliação da deseabilidade para mais perfeito cumprimento do programa constitucional, ser efectuado o devido enquadramento nas normas e princípios da Lei Fundamental, no seu conjunto. Isto para esclarecer que a ausência de censura constitucional não significa a inexistência ou a irrelevância de impulsos para a melhoria, por meios normativos ou não, da actuação estadual e da sua articulação com os direitos fundamentais do cidadão.

Para a análise da questão introduzida, atente-se, na decorrência aliás do que a este propósito impõe o art. 27.º, n.º 5, da Constituição, já acima referido, em alguns dos valores estruturantes da nossa Constituição Penal que se revelam pertinentes para a sua apreciação.

O art. 32.º da Lei Fundamental consagra, no respectivo n.º 2, o denominado princípio da presunção de inocência do arguido, adiantando que *“todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”*.

Precisamente no âmbito de uma apreciação do preceito constitucional mencionado e a propósito da prisão preventiva, pode ler-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 68/88 (publicado no Diário da República, II Série, de 20 de Agosto de 1988) que *“embora a prisão preventiva não seja incompatível com o princípio da presunção de inocência, quando assente em critérios equilibrados e realísticos (...), a verdade é que, enquanto permite a privação da liberdade antes da condenação, sempre constitui uma forte limitação à efectiva aplicação do princípio, em toda a sua extensão e plenitude (...)”*. Acrescenta ser *“inegável que em torno de qualquer cidadão que se encontre preso, ainda que preventivamente, se gera uma reacção social de carácter negativo, o que mais justifica a necessidade de uma célere decisão do caso”*, e que *“com o alongamento da prisão preventiva se corre o risco de o arguido acabar por cumprir “uma verdadeira pena”, muito embora venha a ser posteriormente absolvido”*.

E, mais à frente, adianta-se que: *“Sendo certo que a prisão preventiva se destina primordialmente a satisfazer exigências de ordem processual, é manifesto que a sua duração se há-de manter dentro dos limites presumivelmente necessários para a satisfação dessas exigências, sob pena de se poderem vir a confundir os objectivos próprios da prisão preventiva com os da prisão para expiação da pena, com manifesta violação do princípio da presunção de inocência do arguido”*.

Como conteúdo do princípio da presunção de inocência do arguido, adiantam por seu turno J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira *“a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares”*.²¹⁷

²¹⁷ Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição revista, 1993, p. 203.

Não obstante a jurisprudência atrás referida se reportar essencialmente à questão da duração máxima da prisão preventiva e dos diversos prazos que lhe estão subjacentes, a verdade é que a orientação aí mencionada é bem elucidativa, até por maioria de razão, do impacte, na perspectiva do princípio da presunção de inocência, que o cumprimento de uma medida de coacção como a prisão preventiva pode ter na vida de um cidadão que venha posteriormente a ser absolvido do crime que havia entretanto justificado tal medida.

O art. 29.º, n.º 6, da Constituição consagra, por seu lado, a imperatividade de, nos termos da lei, ser o cidadão injustamente condenado ressarcido dos danos a esse propósito sofridos, reconduzida aqui a responsabilidade do Estado ao denominado erro judiciário.

Se bem que a aplicação da prisão preventiva a um arguido que venha mais tarde a ser absolvido do crime que a motivou não possa de forma alguma equiparar-se a uma condenação injusta de um cidadão, o certo é que o núcleo essencial do objectivo visado com o preceito constitucional referido revela, no âmbito da questão em análise, alguma pertinência.

Não se pretende equiparar aqui estas duas situações. O que se pretende é tão-somente chamar a atenção para a necessidade que o legislador constituinte revela de compensar os prejuízos eventualmente decorrentes da circunstância de um cidadão vir a ser condenado injustamente ou, na perspectiva acima focada, colocado perante uma situação materialmente similar (o que parece indiscutível no caso da prisão preventiva), que venha mais tarde a revelar-se infundada.

A este propósito, refere Luís Guilherme Catarino que *“as exigências próprias da investigação criminal impõem por vezes o sacrifício de direitos como a liberdade, mas a sua natureza similar à de uma pena de prisão levantou desde cedo o problema da fungibilidade com a pena errónea sofrida em processo crime. Se nestes casos o Estado admite que o indivíduo superiormente sacrificado na sua segurança e liberdade veja a situação reparada, por maioria de razão tal deve suceder nos casos em que tal “pena” é imposta com maiores riscos, atenta a precariedade da investigação e da prova em que se baseia”* (ob. cit., p. 341).

Nas palavras sugestivas de Miguel Pedrosa Machado,²¹⁸ *“importa (...) dizer, para que se não seja tentado a pensar que são meras razões formais (...)*

²¹⁸ “Revogação da prisão preventiva (...)”, in “Direito e Justiça”, V. 5 (1991), pp. 281 e ss.

mais (...) a imporem a excepcionalidade, a subsidiariedade e a precariedade como regras e condições da aplicação da prisão preventiva, que isso mesmo é indicado e exigido por considerações materiais subjacentes: assim, a sua influência nociva, estatisticamente comprovada, sobre os arguidos a ela sujeitos; assim, a incerteza do preso preventivamente sobre a sua situação jurídica; assim, a quebra dos laços familiares e sociais como factor que afecta de forma negativa a sua personalidade e a sua própria reinserção; tudo isto sem falarmos no facto de a prisão preventiva, cuja natureza jurídico-formal é evidentemente a de uma providência cautelar, e não a de uma verdadeira pena (...), reunir alguns aspectos de que depende a caracterização material da pena: sociológica e culturalmente, vê-se realizado o sofrimento que coloca a sanção penal numa ordem afectiva; empírica e criminologicamente, não se pode negar o paralelismo entre a defesa da excepcionalidade e da subsidiariedade desta medida de coacção e da excepcionalidade e da subsidiariedade da própria pena de prisão; político-criminalmente, a acentuação das finalidades preventivas da sanção penal não pode deixar de repercutir-se na observação de que a medida de coacção aqui em causa corresponde justamente ao isolamento, por antecipação, do aspecto ou efeito preventivo sobre o aspecto ou efeito repressivo da pena; formalmente, não se esquecerá que é de verdadeira antecipação da sanção que se trata, por isso que o tempo de duração da prisão preventiva será naturalmente computado no tempo da execução final e total da futura e eventual condenação”.

Finalmente, consagra o art. 22.º do texto constitucional o princípio da responsabilidade civil do Estado, segundo a orientação mais recente da doutrina e da jurisprudência decorrente igualmente da sua função jurisdicional, plasmado de forma específica para a privação da liberdade contrária à Constituição e às leis no respectivo art. 27.º, n.º 5, e englobando não só a responsabilidade por actos ilícitos, concretizada quanto à matéria que aqui nos ocupa no art. 225.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, mas também a responsabilidade por actos lícitos, que abarcará a situação prevista no n.º 2 daquela norma processual penal, assumindo aqui o Estado uma responsabilidade directa por actos da função jurisdicional lesivos do direito de liberdade.

Ao fim e ao cabo, como se refere no Acórdão n.º 160/95 do Tribunal Constitucional acima citado, o art. 27.º, n.º 5, da Constituição “*representa o alargamento da responsabilidade civil do Estado (cf. artigo 22.º) a factos liga-*

dos ao exercício da função jurisdicional, não se limitando esta responsabilidade ao clássico erro judiciário” (sublinhado meu).

Lembre-se, ainda, a solução legal contida nos arts. 461.º e 462.º do Código de Processo Penal, reportada à indemnização que possa ser devida ao arguido pelos danos sofridos no caso de sentença absolutória no juízo de revisão condenatória.

Face ao quadro constitucional e legal acima referido, entendo que a lei, designadamente a norma constante do art. 225.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, através da qual o Estado assume a responsabilidade directa por actos da função jurisdicional que contrariam o direito de liberdade, estará a concretizar como que “por defeito”, ou como limiar mínimo, as orientações constitucionais sobre a matéria, designadamente ao não admitir a possibilidade de indemnização do cidadão a quem foi aplicada a prisão preventiva, de forma legal e justificada, mas que foi posteriormente absolvido, ou não condenado, pelo crime que a motivou. Isto é, ao não consentir na reparação da prisão preventiva “materialmente ilegítima ou injusta”, na expressão utilizada por Luís Guilherme Catarino (ob. cit., p. 341).

Recordo, a este propósito, a Recomendação n.º R (80) 11 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que definiu algumas orientações para os Estados-membros em matéria de prisão preventiva e onde se defende *a previsão ou alargamento da indemnização de quem tendo estado em prisão preventiva não venha a ser condenado*.²¹⁹

Ao contrário do que se tem escrito,²²⁰ não é bastante, muito menos de modo “pleno”, a actual solução legal para cobrir o conjunto de preocupações que expreso no presente documento. Aqui, o que releva é a ausência de condenação subsequente à prisão preventiva, isto é, o facto de o Estado não ter logrado obter uma convicção tal sobre a culpabilidade do indivíduo em termos de o responsabilizar penalmente com a privação da liberdade. Não é a ilegalidade ou o erro grosseiro que se pretende fundamentarem o ressarcimento dos danos. É, sim, a noção de que um cidadão não deve arcar com o risco de se

²¹⁹ Tradução minha do conteúdo do seu n.º 18.

²²⁰ Cfr. João de Castro e Sousa, “Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – o novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988, pg. 163.

poder encontrar vários anos em prisão preventiva, com consequências pessoais, familiares, laborais e de outra ordem, sem que, concludentemente, seja estabelecida prova cabal da sua culpa.

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

De resto, grande parte dos países membros da União Europeia, ao contrário do que sucede com Portugal, segue já tal orientação do Conselho da Europa,²²¹ com base em modelos distintos mas que no essencial cumprem o desiderato de reparar, através da atribuição de uma indemnização, aquele que, tendo estado preso preventivamente, vem mais tarde a ser absolvido, ou a não ser condenado pela prática do crime que motivou essa “detenção provisória”.

Razão pela qual se propõe, no âmbito da presente Recomendação, que seja expressamente consagrada, na legislação processual penal, a imperatividade de o arguido vir a ser ressarcido dos prejuízos sofridos em virtude de lhe ter sido aplicada, no âmbito do processo penal e pelo crime relativamente ao qual viria mais tarde a ser absolvido – ou a não ser condenado –, tal medida de coacção, não obstante esta se mostrar legal e justificada para os efeitos previstos no dispositivo legal em vigor, acima identificado.

Tal ressarcimento deve ser automático, ou seja, não deve estar sujeito a qualquer limitação que envolva uma prévia qualificação dos tipos de prejuízos admissíveis para a atribuição da indemnização, embora naturalmente o valor da indemnização deva atender aos prejuízos efectivamente sofridos em

²²¹ Cfr. a obra citada de Luís Guilherme Catarino, em especial a pgs. 350 e segs, onde se referem designadamente os casos da Itália (arts. 314.º e 315.º do “Codice di Procedura Penale” de 1988), França (arts. 149.º e 150.º do “Code de Procédure Penale” de 1970 e respectivas alterações), Espanha (art. 294.º da Ley 6/1985, de 1 de Julio – Ley Organica del Poder Judicial), Alemanha (art. 2.º, n.º 2, da StrEG – Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, de 8 de Março de 1971) e Bélgica (arts. 27.º e 28.º da Lei de 13 de Março de 1973 relativa à indemnização em caso de prisão preventiva indevida, título dado à Lei de 20 de Abril de 1874 pelo art. 48.º, n.º 2, da Lei de 20 de Julho de 1990 respeitante à prisão preventiva).

●
●
●
Assuntos político-constitucionais...

cada situação concreta. Nas palavras de Luís Guilherme Catarino,²²² *“devem-se afastar as teorias administrativistas do prejuízo, interpretando-se os requisitos exigidos pelo legislador dentro de um princípio da igualdade (é especial o sacrifício desigual e anormal o sacrifício grave), como condição de admissibilidade da reparação. Assim, se um detido se encontrar manifestamente inocente, existe um prejuízo anómalo e grave, mesmo que o montante do prejuízo patrimonial seja reduzido. (...) Tal como num outro caso de responsabilidade por acto lícito (erro judiciário clássico), devem-se afastar teorias de aceitação de “mínimo de isenção” ou de “quota de prejuízo” (reparação por prejuízo quando anómalo ou grave). A reparação baseia-se no sacrifício imposto ao particular em favor da colectividade, cuja inocência posteriormente demonstrada revela um prejuízo inexigível e grave: grave pela inocência e grave pela violação do interesse colectivo na boa administração da justiça”*.

Naturalmente que da previsão da atribuição da indemnização referida deverão ser excluídos, por exemplo, os beneficiários da concessão efectiva de uma amnistia ou perdão genérico. Admito também que, acatando-se as recomendações que enuncio em II e III, possa ser ajustado o leque de situações indemnizáveis, por simetria com a maior abrangência que adiante se preconizará em matéria de desconto e de limite máximo de duração da prisão preventiva.

Face ao exposto,

Recomendo

a Vossa Excelência que:

A) o Governo promova, junto da Assembleia da República, no quadro da anunciada revisão parcial do Código de Processo Penal, iniciativa legislativa tendo em vista a modificação do art. 225.º deste Código, estabelecendo que ao arguido que tenha cumprido, no decurso de um processo penal, um determinado tempo em prisão preventiva, e que não venha a ser condenado, nesse mesmo processo, pelo crime que a motivou, seja atribuída uma indem-

²²² Ob. cit., p. 380.

nização pelos prejuízos sofridos na sequência da aplicação da referida medida de coacção.

Da referida previsão deverão ser excepcionadas situações como as referentes a arguidos que venham a beneficiar efectivamente da concessão de uma amnistia ou de perdão genérico.

II) Desconto da prisão preventiva

Importa agora atentar no regime legal, estabelecido no art. 80.º do Código Penal, que enquadra o desconto das medidas processuais no cumprimento da pena que concretamente vem a ser aplicada aos destinatários das mesmas.

Relativamente ao desconto do tempo cumprido pelo arguido em sede de prisão preventiva no tempo de cumprimento da pena concretamente aplicada (e também no que toca às duas outras medidas processuais a que se reporta a norma), tem entendido a jurisprudência que tal imposição legal só vale para as situações em que o desconto da medida processual em causa ocorre no mesmo processo em que o arguido vem a ser condenado, não considerando assim os tribunais que a prisão preventiva sofrida pelo arguido num processo no qual mais tarde vem a ser absolvido possa ser descontada na pena que ao mesmo for aplicada noutra processo em que, por sua vez, vem a ser condenado, e no âmbito do qual não lhe foi aplicada tal medida de coacção.

A título ilustrativo, pode ler-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06 de Dezembro de 1989 (*in* “Boletim do Ministério da Justiça” n.º 392, 1990, pp. 392 e ss.) que “*só a prisão preventiva – e toda ela – que o arguido tiver sofrido no processo em que contra ele venha a ser proferida condenação lhe será descontada. O que inculca também que, por nenhuma restrição aí se fazer, esse desconto terá lugar mesmo que a prisão preventiva tenha sido imposta com referência a crime imputado diverso daquele por que venha a ser condenado. (...) O que releva é que os vários factos, embora imputados em processos diferentes, constem afinal de um só processo, unificado pela apensação*” (sublinhado meu).

Adianta-se no mesmo aresto ser também aquela “*a opinião do Conselheiro Maia Gonçalves (...) que a exprime afirmando que “é, portanto, a uni-*

dade do processo, e não a do facto ou do crime que conta para o efeito” (in “Código Penal Português Anotado e Comentado”).

Socorre-se o Tribunal de um outro Acórdão seu, de 22 de Fevereiro de 1984,²²³ no qual se diz que “*o desconto da prisão preventiva, a que se refere o artigo 80.º, n.º 1, do Código Penal, só pode ter lugar no processo em que o réu haja sido condenado e pelos crimes por que tenha sido julgado, não compreendendo outros processos em que o réu haja sido julgado em separado e absolvido*”.

A mesma orientação aparece expressa num Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Outubro de 1997 (referente ao recurso n.º 5647/97), onde se lê não caber “*na letra nem no espírito da norma (...) os processos em que o réu foi separadamente julgado e condenado ou absolvido*”.

Isto leva-nos à conclusão de que tal possibilidade só é passível de ser accionada no âmbito da denominada conexão de processos, estabelecida nos termos dos arts. 24.º e seguintes do Código de Processo Penal. Ou seja, nos casos previstos nas diversas alíneas do n.º 1 do dispositivo legal, sendo que a mesma conexão “*só opera relativamente aos processos que se encontrarem simultaneamente na fase de inquérito, de instrução ou de julgamento*” (n.º 2 da norma).

De qualquer forma, tem entendido a doutrina que a mesma solução deve ser aplicada à situação em que os processos inicialmente apensados venham a ser, nos termos do art. 30.º do Código de Processo Penal, separados. Assim, adianta Germano Marques da Silva que, “*se o agente foi acusado pelos crimes A, B e C, no mesmo processo, mas posteriormente, por razões processuais, se procedeu à separação de processos (...), e o arguido vier a ser absolvido num deles e condenado no outro, parece-nos que a razão determinante do desconto se mantém*”.²²⁴ No mesmo sentido se pronuncia ainda Maia Gonçalves.²²⁵

Isto faz com que, no contexto do concurso de infracções, ou melhor, na situação em que se encontram reunidos os requisitos constantes dos arts. 77.º, n.º 1, e 78.º, n.º 1, do Código Penal, tendo os crimes sido julgados em pro-

²²³ Sumariado no Boletim do Ministério da Justiça n.º 341, p. 467.

²²⁴ *Direito Penal Português*, III, Verbo, 1999, p. 177.

²²⁵ *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 14.ª edição, 2001, p. 273.

cessos autónomos, e não concorrendo para a fixação da pena única ou conjunta os processos de entre aqueles em que o arguido venha a ser absolvido mas no âmbito dos quais lhe foi imposta a prisão preventiva, já não pode o tempo de privação da liberdade correspondente ao cumprimento desta ou destas prisões preventivas vir a ser-lhe descontado na pena que resultar da efectivação do eventual cúmulo jurídico.

Tal desconto já se verificará no entanto se, no âmbito de um mesmo processo em que o arguido vem indiciado pela prática de vários crimes, for absolvido daquele que motivou a aplicação da prisão preventiva e condenado pela prática de outro ou outros crimes que não desencadearam a aplicação de tal medida de coacção.

São elucidativas, a este propósito, as palavras do Professor Germano Marques da Silva, que aqui se transcrevem: *“Parece-nos que a disciplina do desconto do tempo de privação da liberdade é insuficiente e injusta. Com efeito, se o arguido for acusado num mesmo processo por dois ou mais crimes e sofrer prisão preventiva nesse processo em razão de um deles (v.g. porque só relativamente a esse a lei admite a prisão preventiva), mesmo que venha a ser absolvido desse crime o tempo de prisão preventiva será descontado na pena aplicada aos restantes. Mas se forem instaurados processos autónomos e for aplicada a prisão preventiva num dos processos e o arguido vier a ser absolvido nesse processo, o tempo da prisão preventiva não será descontado na pena em que vier a ser condenado noutro ou noutros. (...) Ora, se ele viesse a ser condenado no processo em que sofreu a prisão preventiva, em função do cúmulo jurídico, o desconto iria ter influência sobre a pena única aplicada a final, mas se for absolvido já não o será. Parece-nos haver incoerência da lei”*.²²⁶

Acresce que a experiência demonstrará que é normal a não aplicação de medida de coacção mais gravosa a arguido que já a ela está adstrito noutro processo, assim, efectivamente, podendo supor-se a existência de uma hipotética decisão applicativa de prisão preventiva nesse processo, a accionar se e só se fosse feita cessar idêntica medida noutro processo.

Assim, propõe-se, com base no que fica dito e na fundamentação do ponto I) da Recomendação, aplicável no seu aspecto nuclear à presente questão e que aqui se dá como reproduzida, que a legislação penal passe a expli-

²²⁶ Ob. cit., p. 178.

●
●
●
Assuntos político-constitucionais...

tar, na situação do concurso de infracções em que os crimes foram julgados em processos autónomos, e tendo o arguido sido absolvido em um ou em vários desses processos em que lhe tenha sido imposta a prisão preventiva, que possa esta vir a ser-lhe descontada na pena única aplicada no âmbito do cúmulo jurídico que se venha a efectivar relativamente aos crimes pelos quais, nas condições referidas, o arguido veio afinal a ser condenado.

No âmbito da matéria em análise, e perante a disposição constante do art. 137.º do Código Penal Italiano, bastante mais ampla do que a nossa, já que impõe o desconto de toda a prisão preventiva sofrida pelo agente antes de a sentença se tornar irrevogável, entende Mario Romano, com base em princípios afinal de contas universais no âmbito de um Estado de direito democrático, e acima expendidos, que tal desconto é aplicável ainda que a prisão preventiva tenha sido aplicada em procedimento diverso daquele em que teve lugar a condenação.²²⁷

Desta forma dar-se-á também resposta mais completa ao teor do n.º 17 da Recomendação do Conselho da Europa acima citada.

Nestes termos,

Recomendo

a Vossa Excelência:

B) que o Governo tome a iniciativa de propor à Assembleia da República, mais uma vez no âmbito da anunciada revisão da legislação penal, que esta passe a explicitar, na situação do concurso de infracções em que os crimes foram julgados em processos autónomos, que o tempo de prisão preventiva cumprido no âmbito dos processos em que o arguido veio a ser absolvido, possa ser descontado na pena única aplicada no âmbito do cúmulo jurídico que se venha a efectivar relativamente aos crimes pelos quais, nas condições referidas, o mesmo arguido veio afinal a ser condenado.

²²⁷ *Commentario Sistematico del Codice Penale*, II, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp. 342 a 345, obra cuja referência se colheu em Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, Lisboa, 1993, pg. 297.

C) Idêntica solução legal se recomenda, por razões de coerência da legislação que enquadra a matéria (v. art. 80.º do Código Penal), para as medidas processuais correspondentes à detenção e à obrigação de permanência na habitação.

III) Prazos de duração máxima da prisão preventiva no âmbito do concurso de infracções

Analise-se finalmente, no contexto também do concurso de infracções e da possibilidade de efectivação do cúmulo jurídico quanto à prática de um conjunto de crimes, a questão que a seguir vem exposta, e que decorre da circunstância de os prazos de duração máxima da prisão preventiva prescritos no art. 215.º do Código de Processo Penal, se reportarem à prisão preventiva cumprida no âmbito de um só processo, conclusão que se retira designadamente da disposição contida no art. 217.º, n.º 1, da mesma legislação, onde se pode ler que *“o arguido sujeito a prisão preventiva é posto em liberdade logo que a medida se extinguir, salvo se a prisão dever manter-se por outro processo”*.

Suponhamos que no decurso de uma situação em que o arguido cumpre, no âmbito de um determinado processo, uma medida de coacção correspondente à prisão preventiva, vem aquele mesmo arguido a ser constituído arguido no âmbito de um outro processo, sendo-lhe, neste caso, aplicada uma medida de coacção que não a prisão preventiva, já que esta não se mostrará então necessária, atento o facto de o arguido se encontrar preso por conta do primeiro processo.²²⁸

Receia-se que, neste caso, as autoridades judiciárias tendam, de alguma forma, a descurar o célere andamento das investigações e das averiguações sobre os factos indiciadores da prática do crime relativo ao segundo processo, já que não só têm o arguido preso como, partindo do princípio de que se mostram preenchidos os requisitos legais para o efeito, terão a possibilidade de aplicar ao mesmo arguido uma nova prisão preventiva, desta feita

²²⁸ De acordo com raciocínio similar ao acima exposto, o qual, como disse, se mostra empiricamente como frequente e até, por que não dizê-lo?, “natural”.

no âmbito deste último processo, mormente na fase final de execução da primeira prisão preventiva, garantindo assim a manutenção da detenção daquele.

Ora, a situação descrita fará com que se verifique um prolongamento da pena privativa da liberdade, através da aplicação de sucessivas prisões preventivas, levando tal mecanismo à colocação do destinatário das mencionadas medidas processuais numa situação que considero insustentável do ponto de vista constitucional, mormente por contrariar o disposto no art. 30.º, n.º 1, da Lei Fundamental, quando vem aquele dispositivo proibir as penas privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.

A propósito do referido preceito constitucional, referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira que “*o princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas (...) privativas ou restritivas da liberdade (...) é expressão do direito à liberdade (...), da ideia da proibição de penas cruéis, degradantes ou desumanas (...) e, finalmente, da ideia de protecção da segurança, insita no princípio do Estado de direito*”.²²⁹

Pretende-se obviar, com a orientação que a seguir se propõe, à possibilidade de concretamente poder um cidadão ser colocado, por aplicação sucessiva da medida de coacção correspondente à prisão preventiva, numa situação manifestamente desviante do espírito do legislador constituinte sobre a matéria, e dos fins que presidiram à inclusão de uma norma daquele tipo no texto constitucional.

As preocupações aqui presentes inserem-se no contexto em que a lei enquadra o denominado concurso de infracções, e na situação em que o arguido cumpre, no âmbito de um determinado processo, uma medida de coacção correspondente à prisão preventiva, vindo aquele mesmo arguido, no decurso de tal cumprimento, a ser constituído arguido no âmbito de um outro processo, e sendo-lhe, neste caso, aplicada uma medida de coacção que não a prisão preventiva (podendo esta ser-lhe aplicada, por se mostrarem preenchidos os requisitos legais para o efeito, mas não o sendo atenta a circunstância de o arguido se encontrar preso por conta do primeiro processo). A questão coloca-se quando a prisão preventiva vem, mais tarde, mormente quando o

²²⁹ Ob. cit., p. 197.

cumprimento da primeira prisão preventiva se mostra efectivado, a ser aplicada ao mesmo arguido no âmbito do segundo processo.

Sugere-se, então, que na situação identificada, possa o tempo decorrido desde a aplicação, neste segundo processo, da primeira medida de coacção, ser contabilizado para efeitos, e unicamente para estes, da contagem dos prazos de duração máxima da segunda medida, ou seja, da prisão preventiva, que o arguido vem igualmente a sofrer no segundo processo.

Tal solução constituiria ainda um incentivo para que as autoridades judiciárias não descurassem o andamento da investigação e da averiguação dos factos indiciadores da prática de um crime, motivados pela circunstância não só de terem já o arguido preso, como de disporem ainda da possibilidade de o conservar por mais tempo detido, na sequência da aplicação de uma eventual nova prisão preventiva, conforme acima aflorado.

Dou aqui como reproduzida a fundamentação atrás expandida nos pontos I) e II) da Recomendação, aplicável no seu aspecto essencial à presente matéria.

A situação aqui em análise insere-se no contexto em que a lei enquadra o denominado concurso de infracções, e na situação em que o arguido cumpre, no âmbito de um determinado processo, a prisão preventiva, vindo a mesma pessoa, no decurso de tal cumprimento, a ser constituída arguida no âmbito de um outro processo, e sendo-lhe, neste caso, aplicada uma medida de coacção distinta da prisão preventiva (até porque o arguido já se encontra detido por conta do primeiro processo). A questão coloca-se quando, mais tarde – e designadamente quando o cumprimento da primeira prisão preventiva se mostrar efectivado –, uma nova prisão preventiva vem a ser aplicada ao mesmo arguido no âmbito do segundo processo.

Assim,

Recomendo

a Vossa Excelência:

D) que o Governo submeta à aprovação da Assembleia da República, no contexto dos trabalhos de revisão anunciados, proposta no sentido de vir a ser incluída na lei penal a possibilidade de, na situação descrita, poder o tempo decorrido desde a aplicação, neste segundo processo, da primeira medida de

●
●
●
Assuntos político-constitucionais...

coacção, ser contabilizado para efeitos, e unicamente para estes, da contagem dos prazos de duração máxima da segunda medida, ou seja, da prisão preventiva, que o arguido vem igualmente a sofrer no segundo processo, nos termos explicitados no parágrafo antecedente.

Entendo que estas propostas podem contribuir para o aperfeiçoamento da legislação que enquadra a prisão preventiva e uma melhor garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, sem prejuízo da eficácia da Justiça Penal e da prossecução dos interesses, públicos como privados, que a mesma comporta.

O Governo remeteu a decisão para a Assembleia da República, no quadro da reforma penal e do processo penal

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Calheta

R-1132/03
Rec. n.º 5/B/2004
Data: 23.03.2004
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

1. O regulamento municipal que actualmente, e desde 1 de Janeiro de 2003, regula a actividade da venda ambulante nesse concelho da Calheta, proíbe, no seu art. 6.º, n.º 6, o exercício daquela actividade “*aos indivíduos que não possuam idoneidade, devidamente comprovada*”, para a exercer.

Não obstante ser da competência das câmaras municipais, nos termos da legislação em vigor – Decreto-Lei n.º 122/79, de 8 de Maio, e Decreto Legislativo Regional n.º 8/99/M, de 3 de Março, – não só a concessão de autorização para o exercício, dentro dos respectivos concelhos, da venda ambulante, como a elaboração das normas necessárias à regulamentação deste exercício, a verdade é que estas normas deverão respeitar a referida legislação

nacional e regional, não podendo designadamente ter carácter inovador face à mesma.

Ora, não é isso que decisivamente acontece com a norma contida no art. 6.º, n.º 6, do Regulamento Municipal de Venda Ambulante aprovado por essa câmara municipal.

De facto, em momento algum da referida legislação são enunciados requisitos de acesso à profissão de vendedor ambulante do tipo do que foi estabelecido pela referida norma regulamentar – as legislações nacional e regional proíbem apenas o exercício da actividade por sociedades e mandatários e estabelecem a incompatibilidade desse exercício com o de outra actividade profissional (cf. arts. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 122/79 e 3.º, n.º 1, do Decreto Legislativo Regional n.º 8/99/M). Assim sendo, o Regulamento Municipal de Venda Ambulante desse concelho, ao introduzir requisitos de acesso ao exercício da profissão, neste domínio inovando face ao Decreto-Lei n.º 122/79 e ao Decreto Legislativo Regional n.º 8/99/M, não só viola a lei geral da República e a legislação regional referidas, como se revela contrário à própria Constituição da República Portuguesa.

Assim, desde logo, está em causa uma situação jurídica, a da liberdade de exercício de profissão, prevista no art. 47.º, n.º 1, da Constituição e que beneficia do regime dos direitos, liberdades e garantias (cfr. art. 17.º, 1.ª parte, da Constituição).

No quadro do regime constitucional aqui gizado, importa especialmente chamar a atenção para os aspectos orgânicos, reservando a Constituição, no seu art. 165.º, n.º 1, b), a competência legislativa para a Assembleia da República ou, mediante autorização desta, para o Governo, como, principalmente, a reserva formal estabelecida no art. 18.º, n.º 2, determinando que qualquer restrição a um direito, liberdade ou garantia apenas pode ser estabelecida por acto legislativo (reportando-se, é claro, ao conceito do art. 112.º, n.º 1, da Constituição, matizada pela reserva de competência explicitada).

Não me cabe a mim discutir se o acesso ao exercício da profissão em apreço deverá ou não estar condicionado ao preenchimento, pelos candidatos, de um conjunto de requisitos. Essa eventual decisão, balizada que é pelos requisitos materiais estabelecidos no art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, cabe exclusivamente *ao legislador*, não podendo, por via regulamentar, a Administração inovar nesta matéria.

Deste modo, e pelas razões enunciadas, não posso deixar de recomendar a essa câmara municipal a revogação da norma constante do art. 6.º, n.º 6, do Regulamento Municipal de Venda Ambulante em vigor no concelho.

2. Por outro lado, e quanto à interdição da venda ambulante na zona do Paúl da Serra, localizada nesse concelho, estabelecida no art. 8.º, n.º 1, do Regulamento Municipal de Venda Ambulante, não posso deixar de dirigir a V. Ex.^a o seguinte reparo.

Sendo certo que é da competência do município interditar, em qualquer momento, a venda ambulante em certas zonas ou locais do concelho, a qual decorre, no caso concreto da Região Autónoma da Madeira, do art. 15.º, n.º 1, do Decreto Legislativo Regional n.º 8/99/M, a verdade é que a lei enquadra a possibilidade de concretização de tal prerrogativa num conjunto de circunstâncias legitimadoras, associadas às necessidades de segurança para peões e veículos e aos aspectos higiénicos e sanitários, estéticos e de comodidade para o público, definidos na alínea *a*) do referido preceito legal e mais bem explicitadas no art. 8.º, n.º 1, do mesmo diploma.

Considerando que o exercício da venda ambulante na zona do Paúl da Serra não tinha sido proibido pela Portaria n.º 127/99, de 26 de Julho – diploma que proibiu o exercício da actividade em todo o concelho da Calheta com excepção de quatro locais, entre os quais a zona do Paúl da Serra –, e ainda o facto de a actividade ter sido, até à data em que foi interditada, efectivamente exercida na zona, deveria o regulamento aprovado por essa edilidade, explicitar as razões – que não se põe em causa possam existir –, temporárias ou definitivas, que levaram a essa interdição.

Sugiro, assim, a V. Ex.^a, que tal procedimento seja adoptado pela câmara municipal em eventuais futuras iniciativas da edilidade que visem a interdição, proibição, restrição ou condicionamento do exercício da venda ambulante em zonas do concelho.

Sempre se dirá ainda que o art. 8.º, n.º 1, primeira parte, do Regulamento Municipal de Venda Ambulante não poderá deixar de interpretar-se à luz do disposto na referida Portaria n.º 127/99, isto é, no sentido de que a venda ambulante pode efectuar-se em qualquer local do concelho não proibido pela referida portaria, situação que deveria ser, também ela, clarificada no regulamento.

3. Face ao que acima fica exposto, ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.^a, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal da Calheta:

- a) Que seja revogada, pelas razões acima expostas, a norma constante do art. 6.º, n.º 6, do Regulamento Municipal de Venda Ambulante aprovado por essa Câmara Municipal.
- b) Que sejam devida e explicitamente fundamentadas, pela Câmara Municipal, nos termos da lei, as eventuais futuras decisões da edilidade no sentido da interdição, proibição, restrição ou condicionamento do exercício da venda ambulante em zonas do concelho não proibidas por eventual legislação regional.

Acatada

Sua Excelência
a Ministra da Justiça

R-2579/03

Rec. n.º 7/B/2004

Data: 12.04.2004

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

1. O art. 23.º do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro, que se refere ao conteúdo da indemnização devida no âmbito dos processos de expropriação, estabelece, no respectivo n.º 4, que *“ao valor dos bens calculado por aplicação dos critérios referenciais fixados nos artigos 26.º e seguintes, será deduzido o valor correspondente à diferença entre as quantias efectivamente pagas a título de imposto municipal sobre imóveis e aquelas que o expropriado teria pago com base na avaliação efectuada para efeitos de expropriação, nos últimos cinco anos”* – cf. igualmente art. 28.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro, que aprovou designadamente o Código do Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI).

Segundo o estabelecido no referido preceito do Código das Expropriações, será deduzida, à quantia apurada a título de indemnização no âmbito de

um processo de expropriação, o montante correspondente à diferença, se existente, entre o valor do imposto municipal sobre imóveis devido após a avaliação feita ao imóvel para efeitos precisamente daquela expropriação, e aquele que foi pago, pelo contribuinte – até 30 de Novembro de 2003, como contribuição autárquica –, nos cinco anos anteriores, com base designadamente no valor patrimonial tributável do imóvel constante da respectiva matriz.

Duas considerações desde logo se impõem relativamente ao conteúdo do referido preceito do Código das Expropriações.

2. Em primeiro lugar, a dedução de que falamos – não se verifica aqui uma liquidação, já que o valor em causa é pura e simplesmente subtraído ao montante apurado a título de indemnização, não beneficiando das garantias e demais regime próprio do imposto – é feita, nos termos do preceito do Código das Expropriações supra identificado, relativamente aos cinco anos anteriores, período que ultrapassa o prazo geral de caducidade do direito à liquidação dos tributos, incluindo o referente às liquidações adicionais, de quatro anos, previsto no art. 45.º da Lei Geral Tributária, e para o qual remete o regime que estabeleceu o imposto municipal sobre imóveis (cf. art. 116.º, n.º 1, do Código), e já anteriormente o Código da Contribuição Autárquica, no respectivo art. 21.º, n.º 1.

Assim sendo, a solução prevista no art. 23.º, n.º 4, do Código das Expropriações, manifestamente permitindo alguma poupança do Estado nos processos de expropriação, utiliza um mecanismo de dedução de parte do valor de um imposto nos montantes devidos a título de indemnização que não respeita os princípios e normas do sistema fiscal, no qual aquele mesmo imposto está enquadrado. Em bom rigor, pelo menos uma anuidade do imposto em causa nunca poderia ser liquidada ao abrigo das normas da lei tributária em vigor.

3. Em segundo lugar, não me parece adequado o referido mecanismo de dedução, à quantia indemnizatória, do valor adicional do imposto, tal como resulta da norma em discussão, pelas razões que passo a expor.

Antes de mais, pode a Administração Fiscal, ao abrigo designadamente do disposto no art. 115.º do CIMI (antes, através do art. 20.º do Código da Contribuição Autárquica), proceder à revisão oficiosa da liquidação – reportada, conforme referido, aos quatro anos anteriores, já que o prazo de caducidade do direito à liquidação adicional é, nos termos do já referido

art. 116.º, n.º 1, do CIMI, o mesmo – designadamente em resultado de nova avaliação feita ao imóvel [(n.º 1, alínea b)].

Assim sendo, não me parece correcto o estabelecimento de um meio específico tendo em vista aquele mesmo resultado – com a variante de, de forma desviante face à lei tributária, permitir a cobrança de mais uma anuidade do imposto –, apenas aplicável aos processos de expropriação no âmbito dos quais venha a apurar-se, após avaliação feita ao imóvel para o efeito, uma divergência entre o valor patrimonial do imóvel constante da matriz e o resultado da avaliação então feita.

Deste modo, não faz sentido a existência do meio específico consignado no art. 23.º, n.º 4, do Código das Expropriações, tendo em atenção que a Administração Fiscal, naturalmente informada do resultado da avaliação feita ao imóvel para efeitos de expropriação, poderá alcançar aquele mesmo resultado através do referido mecanismo da revisão oficiosa das liquidações, já consagrado na lei tributária.

Mais ainda, não derogando o mecanismo legal aqui em causa as disposições fiscais pertinentes, sempre se poderá afirmar que nada obsta a que, penalizado o particular no montante da indemnização, venha de seguida a ver liquidado o imposto devido nos 4 anos anteriores, assim arcando duas vezes com o esforço pecuniário em singelo exigido aos demais contribuintes.

4. Por outro lado, a solução do Código das Expropriações aqui em análise promove uma diferenciação ilegítima entre, por um lado, a situação dos proprietários (ou usufrutuários) dos prédios objecto de expropriação litigiosa e, por outro, a dos proprietários dos prédios objecto de contratos de compra e venda ou mesmo de soluções negociadas no âmbito dos processos de expropriação, em clara violação do princípio da igualdade, consignado no art. 13.º da Constituição da República.

É que a dedução imposta à quantia indemnizatória pelo art. 23.º, n.º 4, do Código das Expropriações nunca ocorreria – enquanto tal, isto é, enquanto dedução pura e simples ao preço ou indemnização a receber pelo proprietário – se o mesmo prédio fosse objecto de uma compra e venda e, em termos práticos, no caso de uma aquisição do prédio, por via amigável, pela entidade expropriante, ou até de uma expropriação amigável. Isto é, não obstante nestas últimas situações poder registar-se – se a Administração Fiscal vier a fazê-lo – uma liquidação adicional do imposto, com base no novo valor patrimonial apurado, ao abrigo designadamente do já mencionado art. 115.º

do CIMI, na primeira situação, abrangida pela regra do Código das Expropriações de que falamos, a dedução desse valor é sempre feita e concretizada na data da entrega da quantia indemnizatória.

5. Nesta perspectiva, entendo que o valor da indemnização apurado após a dedução do valor do imposto municipal sobre imóveis nos termos aqui em análise não corresponderá à justa indemnização imposta pela Constituição no seu art. 62.º, n.º 2, e concretizada no art. 23.º, n.º 1, do Código das Expropriações, onde se pode ler que a justa indemnização visa “*ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação*, correspondente ao valor real e corrente do bem de acordo com o seu destino efectivo ou possível numa utilização económica normal, à data da publicação da declaração de utilidade pública, tendo em consideração as circunstâncias e condições de facto existentes naquela data” (sublinhado meu).

Conforme se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/90, de 7 de Março ²³⁰, “*seja, porém, qual for a noção mais rigorosa de expropriação, o certo é que ela só pode ser efectuada mediante o pagamento de uma indemnização que a nossa Lei Fundamental quer “justa”, mas sem que nesta Lei se estabeleçam os critérios concretos que permitam realizar tal conceito indemnizatório. (...) O legislador constitucional deixou, por isso, para o legislador ordinário a definição de tais critérios, os quais sempre terão de respeitar, não só na sua formulação como na sua concretização, os princípios materiais da Constituição, designadamente o princípio da igualdade e da proporcionalidade*”.

Mais à frente, citando-se Alves Correia, pode ler-se: “*Acréscce que, como a expropriação se traduz num acto unilateral do Estado, tem de ser suportado pelo particular proprietário do bem a expropriar, em regra em função do interesse público que subjaz à expropriação*, tal acto coloca o expropriado numa situação de desigualdade perante os outros cidadãos (...). (...) Daí que “*os (...) sistemas de limitação da indemnização violam um princípio que consideramos fundamental nas relações entre os particulares e os poderes públicos e indissociável do próprio Estado de Direito que é o “princípio de igualdade perante os encargos públicos (...)*” Esta igualdade de contributos só ficará garantida se a generalidade das expropriações se fizer por forma a que

²³⁰ Publicado no Boletim do Ministério da Justiça n.º 395, de Abril de 1990, pp. 91 e segs.

as indemnizações atribuídas a final assegurem, em relação a cada caso concreto e tendo em atenção as respectivas circunstâncias específicas, a adequada reconstituição da lesão patrimonial infligida ao proprietário” (sublinhados meus).

Num outro Acórdão, com o n.º 184/92²³¹, refere o Tribunal Constitucional que “a Constituição, impondo que a indemnização a pagar ao expropriado seja justa, exige que o legislador ordinário defina um critério de determinação do quantum indemnizatório capaz de realizar o princípio da igualdade dos expropriados entre si e destes com os não expropriados. (...) Este desiderato de justiça alcança-se, seguramente, quando o legislador opta pelo critério do valor do mercado do bem expropriado. Num tal caso, com efeito, como sublinha Fernando Alves Correia, “a indemnização (...) está em melhores condições de compensar integralmente o sacrifício patrimonial do expropriado e de garantir que este, em comparação com outros cidadãos não expropriados, não seja tratado de modo desigual e injusto” (...). Outros critérios (para além do valor do mercado) são, no entanto, possíveis. Questão é que eles realizem os princípios de justiça, de igualdade e de proporcionalidade que a indemnização tem de cumprir” (sublinhado meu).

Acrescenta o Tribunal Constitucional, no mesmo aresto, que “a expropriação por utilidade pública – que é imposta ao particular em vista da satisfação de um determinado interesse público – coloca o particular que a sofre numa situação de desigualdade em confronto com os demais cidadãos. (...) Num Estado de direito, tem, porém, que haver igualdade de tratamento, designadamente perante os encargos públicos. (...) Por isso, a desigualdade, que vai implicada na expropriação, tem de ser compensada com o pagamento de uma indemnização que – repete-se – assegure “uma adequada restauração da lesão patrimonial sofrida pelo expropriado”. Só assim se restabelecerá o equilíbrio que a igualdade postula” (sublinhado meu).

E ainda: “A igualdade, por outro lado, proíbe que se dê tratamento jurídico desigual aos expropriados colocados na mesma situação. Só podem na verdade estabelecer-se distinções de tratamento quando exista fundamento material para tanto. (...) Escreve, a propósito, Fernando Alves Correia (...): o princípio da igualdade não permite que particulares colocados numa situação

²³¹ Publicado no Diário da República, II Série, de 18 de Setembro de 1992.

idêntica recebam indemnizações quantitativamente diversas ou que sejam fixados critérios distintos de indemnização que tratem alguns expropriados mais favoravelmente do que outros grupos de expropriados” (sublinhado meu).

Ora, a norma contida no art. 23.º, n.º 4, do Código das Expropriações, precisamente ao contrário do sentido a dar ao conteúdo do conceito de justa indemnização assinalado pelo Tribunal Constitucional, onera ainda mais alguns dos proprietários dos prédios objecto de expropriação, nos termos acima explicitados, criando uma desigualdade entre as situações descritas sem que se verifique a existência de fundamento material bastante para tal.

6. Perante o que fica exposto, terá de concluir-se no sentido de que a norma constante do art. 23.º, n.º 4, do Código das Expropriações não deverá subsistir na ordem jurídica portuguesa, bastando, para os fins com a mesma visados pelo legislador, não só a possibilidade, consagrada no CIMI [(art. 115.º, n.º 1, alínea *b*)], de a Administração Fiscal rever oficiosamente a liquidação, reportada aos quatro anos anteriores, do imposto municipal sobre imóveis, com base na nova avaliação feita ao imóvel, como a solução consignada no art. 127.º do mesmo Código, que determina que não são pagas quaisquer indemnizações por expropriação sem que se mostrem pagas ou garantidas todas as dívidas vencidas do imposto.

Naturalmente que não se contesta a previsão simultânea de um mecanismo que promovesse a comunicação, pela entidade expropriante, à Administração Fiscal, do novo valor patrimonial do imóvel resultante da avaliação feita para efeitos de expropriação.

7. Mais chocante se mostraria a situação caso, legalmente ou de facto, não viesse a Administração Tributária a reformar as liquidações de anos anteriores ao da transmissão da propriedade, no caso de uma compra e venda. É que, aqui, estar-se-ia, por esta via, a estabelecer um encargo específico de quem é expropriado, discriminando negativamente a sua situação face à dos demais proprietários.

8. Deste modo, pelas razões acima expostas e ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

a revogação da norma contida no art. 23.º, n.º 4, do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro.

Aguarda resposta

Sua Excelência
a Ministra da Justiça

R-3469/03 e R-996/04
Rec. n.º 8/B/2004
17.06.2004

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

I) Prazo de validade dos cheques no âmbito do Código das Custas Judiciais

O art. 142.º do Código das Custas Judiciais, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 324/2003, de 27 de Dezembro, com as alterações deste resultantes, refere, no respectivo n.º 1, que *“perdem a validade a favor do Cofre Geral dos Tribunais os cheques que não forem apresentados a pagamento até ao último dia do 3.º mês seguinte àquele em que foram passados”*.

Sendo certo que a mais recente alteração ao Código das Custas Judiciais, precisamente operada por via da aprovação do citado Decreto-Lei n.º 324/2003, permitiu, por um lado, o aumento em um mês do prazo em questão (correndo, no entanto, ao contrário do que acontecia anteriormente, durante as férias judiciais) e, por outro, a consagração, no n.º 3 do mesmo art. 142.º, da possibilidade de pagamento dos montantes titulados por cheques com o prazo de validade já expirado, para além dos casos de erro imputável aos serviços judiciários, a verdade é que o regime constante do art. 142.º do Código das Custas Judiciais necessitará ainda, em meu entender, de uma intervenção do legislador, no sentido e pelas razões que a seguir deixo enunciados.

Assim, tendo presente a possibilidade de o prazo estabelecido no art. 142.º, n.º 1, do Código das Custas Judiciais vir a ser interpretado, o que sempre chocaria, no sentido de traduzir o prazo de prescrição das obrigações subjacentes à emissão dos cheques, seria de todo conveniente que viesse a ser clarificado, na lei, que a regulamentação – que não se põe em causa – do pagamento das obrigações através de cheque, não altera as regras relativas aos prazos de prescrição de cada uma das obrigações que motivaram a respectiva emissão.

Reporto-me a duas situações bem definidas que foram trazidas ao meu conhecimento, uma das quais respeitando à devolução de taxa de justiça (em processo sumário que se iniciou cerca de dois anos antes da emissão do cheque), a outra significando o pagamento de perícia realizada no âmbito de um outro processo.

Parece-me adequado que o Estado não estabeleça prazos de prescrição mais curtos do que aqueles que vigoram para o caso em que é credor, isto no caso da taxa de justiça, ou diversos dos que vigoram para a generalidade das dívidas decorrentes da prestação de serviços, tudo isto meramente em função do meio de pagamento utilizado.

Deste modo, seria assim justo que a legislação em apreço expressamente admitisse o pagamento, pelo Estado, das quantias em causa durante todo o período correspondente aos prazos de prescrição das obrigações que levaram à emissão do cheque, já decorrentes das normas gerais que determinam o prazo de prescrição de cada uma delas.

Naturalmente que compreendo e aceito o estabelecimento de regras específicas que previnam a circulação, por largo período de tempo, de determinado título, nada tendo a obstar que, de acordo com critérios hábeis de gestão, nos termos actualmente preceituados na lei ou noutros, o cumprimento dessas obrigações através de cheque obrigue à sua apresentação em tempo curto, sob pena de necessidade de emissão de novo título.

Para o efeito, e mantendo-se o estabelecimento de um prazo de validade do cheque, poderia ser determinada a necessidade da sua substituição, ultrapassado esse prazo sem que tenha sido apresentado a pagamento, por outro cheque, ou mesmo o pagamento das quantias em causa através de um meio alternativo ao cheque, a pedido e, se for o caso, a expensas do beneficiário.



O que me parece não poder suceder é invocar o Estado o prazo inscrito no art. 142.º, n.º 1, do Código em referência, para se eximir, como parece suceder actualmente, ao cumprimento de uma obrigação que sabe existir, ou levar a que, no prazo de prescrição da obrigação que desencadeou a emissão do cheque – se se entender que aquele subsiste –, tenha o interessado de recorrer aos meios judiciais para fazer valer os seus direitos.

Deste modo, ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

A) a clarificação, na lei, de que a regulamentação da utilização do cheque como meio de pagamento, pelo Estado, de obrigações no âmbito do Código das Custas Judiciais, concretizada no seu art. 142.º, não altera as regras relativas aos prazos de prescrição de cada uma das obrigações subjacentes à respectiva emissão, admitindo-se expressamente o pagamento, pelo Estado, das quantias em causa durante todo o período correspondente aos prazos de prescrição das obrigações que levaram à emissão dos cheques, constantes das normas gerais que determinam o prazo de prescrição de cada uma delas.

II) Prazo de reclamação, pelas partes, dos objectos e quantias em dinheiro apreendidos no âmbito de processos criminais

O art. 14.º do Decreto n.º 12 487, de 14 de Outubro de 1926, prescreve, por seu turno, no respectivo § 1.º, o prazo de três meses após o trânsito em julgado das decisões finais, para a reclamação, pelas partes, dos objectos e quantias em dinheiro que se encontrem apreendidos no âmbito dos processos judiciais a que se reporta o preceito, isto é, dos processos criminais.

Encontrando-se, à partida, em vigor, na parte para aqui relevante, tal normativo – que, pelo menos nessa parte, tem vindo a ser aplicado pelos tribunais, pronunciando-se a jurisprudência dominante no sentido da sua actual



vigência ²³² –, entendo que seria conveniente, também nesta sede, uma intervenção do legislador, no sentido que a seguir fica expresso.

Antes de mais, estamos neste caso perante uma verdadeira prescrição aquisitiva a favor do Estado, concretizada num prazo que se revela manifestamente pequeno, mais a mais quando se enquadra a questão no panorama global da morosidade que afecta a Justiça. De facto, não parece razoável que, às vezes após longos anos de espera por uma decisão final, seja imposto às partes um prazo tão curto para a reclamação de bens de cuja propriedade são titulares.

Por outro lado, recorda-se que pelo menos parte da jurisprudência considera que o decurso do prazo de três meses sem que tenham sido reclamados pela seu titular o objecto ou quantia em dinheiro, apenas faz presumir legalmente o abandono do respectivo direito de propriedade, podendo essa presunção ser ilidida, pelo proprietário dos bens, designadamente durante o prazo estabelecido na lei geral para a aquisição por usucapião.

Conforme se pode ler no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Secção Criminal, de 2 de Março de 2000 ²³³, com referência ao preceito de que nos ocupamos, *“estão em causa apenas os objectos que, tendo sido apreendidos no âmbito do processo, não devam ser declarados perdidos a favor do Estado, nos termos dos arts. 109.º e ss do CP. Com aquela norma pretendeu o legislador evitar ou reduzir as despesas decorrentes do depósito de objectos durante longo tempo e permitir o arquivamento dos processos em que existissem bens apreendidos em tais condições. Dessa forma evitam-se situações de inacção e de não afirmação do direito de propriedade pelo seu titular. (...) Mas num Estado de Direito uma norma como aquela não pode ser interpretada no sentido de conferir ao Estado um verdadeiro direito de confisco sobre os bens apreendidos. Sob pena de violação das garantias constitucionais (art. 62.º da CRP), o direito de propriedade sobre tais bens, que não serviram nem estavam destinados a servir à prática de qualquer crime, só poderá ser considerado transferido para o Estado quando, nos termos da lei geral, se puder dizer que eles foram abandonados pelo titular do respectivo direito, ou*

²³² Cf., por exemplo, Acórdão da Relação de Évora, Secção Criminal, de 8 de Outubro de 1996, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1996, Tomo IV, pp. 300 e 301.

²³³ Publicado na Colectânea de Jurisprudência, 2000, Tomo II, pp. 137 e 138.

que ocorreu a aquisição do Estado com base na ocupação, usucapião ou qualquer outra forma de aquisição originária do direito (cfr. art. 1316.º do CC)”.

Acrescenta-se naquele mesmo aresto: “*Como se referiu, com ela (a norma aqui em causa) pretendeu-se evitar situações duradouras de inacção e de não afirmação do direito de propriedade pelo seu titular que, a maior parte das vezes, revelam intenção de abandono da sua parte. (...) Com a declaração de prescrição a favor da Fazenda Pública, decorridos que sejam três meses após o trânsito em julgado da decisão final, apenas se presume legalmente o abandono do respectivo direito de propriedade, presunção essa que pode ser ilidida por prova em contrário – art. 350.º n.º 2 do CC*”.

Citando depois um outro Acórdão seu, adianta o referido Tribunal que “*antes de consumada a usucapião poderá o interessado exercer o seu direito contra o Estado ilidindo a presunção de abandono, mediante a acção de reivindicação (arts. 1311.º e 1331.º do C.C.) ou acção de enriquecimento sem causa (arts. 473.º e ss do mesmo código), conforme ao caso couber*”. (...) Esta solução “*atende a todos os interesses em jogo: o Estado desonera-se do depósito e conservação dos bens e realiza logo uma receita, praticamente definitiva na maioria dos casos e o titular do direito não sofre, desde logo e sem remédio, a perda do seu direito*”.

Ora, para além de ser útil a clarificação legal de qual das duas soluções é a correcta, desde já se fazendo apelo a uma opção mais amiga da Constituição, parece também razoável que se dispense, em situação que na maioria das vezes não é litigiosa, o recurso ao meio jurisdicional de composição de conflitos, já tão assoberbado com aquilo que é sua reserva para se ter que ocupar com aquilo que em geral é pacífico.

Face ao que acima fica dito, seria conveniente uma alteração da regulamentação do regime de reclamação de bens aqui em discussão, estabelecendo-se claramente a aplicabilidade dos prazos de prescrição actualmente consignados na lei, permitindo a reclamação dos mesmos – ou do produto da venda, pelo Estado, de eventuais bens deterioráveis, ao abrigo de norma expressa que o possibilite.

Deste modo, num primeiro nível importaria terminar com a vigência de uma norma avulsa de 1926, em diploma que no remanescente foi revogado pelo Código de Processo Penal de 1929, integrando-o nas disposições, processuais ou substantivas, que na actualidade merecem por parte dos operadores jurídicos e do público em geral um maior e mais facilitado conhecimento.

Mantendo-se o prazo actualmente consagrado na lei, ou alargando-o, para a reclamação dos bens junto do tribunal onde correu termos o processo, findo o qual poderia o processo judicial ser arquivado, revela-se da maior justiça o estabelecimento, na lei, de um mecanismo administrativo que viabilize uma posterior devolução dos bens em causa, da responsabilidade da entidade administrativa a favor da qual os bens reverteram, precisamente durante o período correspondente ao prazo consignado na lei geral para a aquisição por usucapião da coisa em causa.

Tomando em consideração a jurisprudência acima citada, tal medida obviaria ainda ao recurso desnecessário aos tribunais por parte dos particulares proprietários desses bens, designadamente para a ilisão da presunção de abandono da titularidade da propriedade dos bens, através de acções de reivindicação da propriedade ou de enriquecimento sem causa.

Naturalmente que o procedimento acima sugerido implicaria sempre a consulta, por parte daquela entidade administrativa, tendo em vista a satisfação do pedido em causa, do processo no âmbito do qual os bens foram apreendidos.

Noto também que, o caso de outros bens que não quantias em dinheiro, será admissível o estabelecimento de um esquema compensatório, quer do Estado, pelos gastos com armazenagem ou conservação, quer do particular (e pense-se no caso dos veículos, utilizados entretanto por entidades públicas, nos termos do regime já existente).

Assim sendo, ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

B) a consagração legal da possibilidade de os objectos e quantias apreendidos nos processos criminais – ou o produto de eventuais bens deterioráveis entretanto vendidos pelo Estado, ao abrigo de norma expressa que o possibilite – poderem ser reclamados, pelos respectivos proprietários, após o prazo de reclamação junto do Tribunal onde correu termos o processo, actualmente consagrado no art. 14.º, § 1.º, do Decreto n.º 12 487, de 14 de Outubro de 1926 (ou outro que se entenda mais conveniente), através de requeri-



Recomendações

mento a apresentar à entidade administrativa a favor da qual aqueles vieram a reverter, no prazo consignado na lei geral para a aquisição por usucapião do tipo de bens em causa.

Sem resposta

Sua Excelência
o Ministro da Agricultura,
do Desenvolvimento Rural e das Pescas

R-1932/04
Rec. n.º 9/B/2004
Data: 18.06.2004
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

No âmbito dos processos que envolvem as indemnizações da reforma agrária, é orientação actual do Ministério de que Vossa Excelência é titular que o valor definitivo das mesmas seja apenas pago, aos respectivos beneficiários, após a verificação de que o acto administrativo que o fixou não é objecto de impugnação contenciosa – v. designadamente Parecer da Auditoria Jurídica desse Ministério, sobre o qual recaiu Despacho de Vossa Excelência de 30 de Dezembro de 2002.

Na prática, tal pagamento é neste momento efectivado só após o decurso do prazo da impugnação sem que tenha havido recurso aos tribunais, ou com a renúncia expressa dos destinatários da indemnização à impugnação contenciosa.

O sentido da actuação do Ministério apoia-se no disposto no art. 9.º da Portaria n.º 197-A/95, de 17 de Março, que, reconhece-se, impõe expressamente a referida orientação.

É também verdade que, apesar de expressamente determinado na referida Portaria de 1995 que o pagamento das indemnizações em causa deve efectuar-se, no caso de haver impugnação contenciosa do acto administrativo, só após o trânsito em julgado da decisão judicial, a orientação do Governo nem sempre foi a actual – conforme também expressamente se reconhece no acima



identificado parecer desse Ministério –, procedendo-se anteriormente ao pagamento imediato do valor fixado pela Administração, independentemente da eventual posterior impugnação contenciosa do acto.

De facto, para além do disposto no referido preceito da Portaria de 1995, nenhuma razão válida obstará a que os montantes aqui em discussão sejam imediatamente pagos aos respectivos beneficiários, e posteriormente rectificadas, se for o caso, de acordo com o desfecho de uma eventual impugnação contenciosa do acto administrativo.

Acresce que a opção pelo diferimento do pagamento aqui em apreço terá necessariamente um efeito inibidor do recurso, pelos particulares, aos tribunais – logo, condicionador da decisão desses particulares –, conhecidos que são os prazos médios que envolvem as decisões judiciais.

Não pode esquecer-se, na verdade, que se está em processos onde se fixa a indemnização por factos ocorridos há três décadas atrás, em que muitos dos lesados já terão falecido. Dado o tempo já decorrido sem que a máquina estadual desse satisfação ao que a Lei definiu como direito desses cidadãos, é profundamente injusto que possa ser condicionada a liberdade de decisão dos mesmos, quanto a considerarem ou não devidamente reparada a lesão que sofreram, pela possibilidade, física ou económica, de arrostarem adicionalmente com um número indeterminado de anos até que vejam judicialmente convencida a Administração da sua razão, plausivelmente ainda mais se se pensar na execução dessa sentença.

Com base nas considerações acima aduzidas, e também na circunstância de estar por concluir um número já reduzido de processos de indemnização no âmbito da reforma agrária, permito-me recomendar a Vossa Excelência que, após revogação do art. 9.º da Portaria n.º 197-A/95, passem a ser pagos, aos respectivos beneficiários, os valores das indemnizações definitivamente fixadas pela Administração, independentemente de qualquer eventual decisão de impugnação contenciosa desses actos.

Tendo os destinatários dessas indemnizações, privados da titularidade dos bens ou do seu uso e fruição, esperado já largos anos pelos pagamentos em causa, e situando-nos, neste momento, numa fase derradeira do processo de atribuição dessas indemnizações, seria de todo conveniente – como aliás aconteceu com a situação de outros beneficiários, de acordo com orientação diversa do Governo, ainda que ao arrepio do normativamente preceituado – não fazer depender o pagamento efectivo do valor definido pela Administração, do des-



fecho de um eventual recurso – que constitui um direito desses particulares – aos tribunais, desfeito esse que pode levar outros tantos anos a ser conhecido.

Assim sendo, por tudo o que acima fica exposto, ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

- a) a revogação do art. 9.º da Portaria n.º 197-A/95, de 17 de Março; e, em consequência;
- b) a adopção, pelo Ministério da Agricultura, da orientação de que os valores definitivos de indemnizações no âmbito da reforma agrária, fixados pela Administração, são pagos independentemente de uma eventual posterior impugnação contenciosa desses actos;
- c) o pagamento imediato de todos os valores fixados, a título de indemnizações no âmbito da reforma agrária, pela Administração, em actos que tenham então pendente impugnação contenciosa.

Não acatada

Sua Excelência
o Ministro de Estado, das Actividades
Económicas e do Trabalho

P-10/04
Rec. n.º 10/B/2004
Data: 22.09.2004
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

1. A Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, que, transpondo um conjunto de directivas comunitárias, estabeleceu designadamente o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas, exclui, no respectivo art. 127.º, n.º 2, o serviço de telefone do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e do Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho.

Verifica-se que a mencionada Lei n.º 5/2004 regulamenta, para os serviços telefónicos, alguns dos aspectos anteriormente regulados na Lei



n.º 23/96, como os relacionados com o dever de informação ao público por parte das empresas que oferecem os serviços em causa, a necessidade de pré-aviso na suspensão e extinção dos mesmos serviços, o direito do utente à quitação parcial da factura, e as matérias da facturação detalhada e do barramento de serviços.

De fora da previsão da Lei n.º 5/2004 ficaram dois dos aspectos regulados pelos mencionados diplomas, designadamente a questão da proibição, constante do art. 8.º da Lei n.º 23/96, da imposição e cobrança dos denominados consumos mínimos, e a matéria da prestação, pelos utentes, de cauções, regulamentada – no sentido da sua proibição, salvo situações de incumprimento – pelo Decreto-Lei n.º 195/99.

Por essa razão, foi solicitado, ainda ao XV Governo Constitucional, esclarecimento sobre se a falta de referência, na Lei n.º 5/2004, às mencionadas matérias, conjugada com a exclusão do serviço telefónico do âmbito de aplicação da legislação de 1996 e de 1999 acima identificada, significaria pura e simplesmente que ficariam admitidas a imposição e cobrança aos utentes, pelas empresas prestadoras de serviços telefónicos, de consumos mínimos e de cauções e, neste caso, que razões teriam levado a essa eventual decisão, ou se assim efectivamente não seria, ponderando-se, por exemplo, a emissão de eventual regulamentação quanto às referidas questões.

Em resposta, foi-me enviado, pelo então Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Economia, um parecer da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) que, implicitamente aderindo à opção de fundo no sentido da manutenção das proibições da imposição e cobrança, aos utentes, de consumos mínimos e de cauções, adianta essencialmente duas linhas argumentativas para a circunstância de não terem as mesmas ficado consagradas na lei.

2. Quanto à questão da proibição da imposição e cobrança de consumos mínimos, refere-se no mencionado documento que *“sempre se entendeu que a proibição de consumos mínimos não era adequada ao serviço fixo de telefone, uma vez que nas telecomunicações nunca ocorreram as práticas abusivas e correntes noutros sectores – em que se cobravam consumos mesmo que eles não tivessem ocorrido – que justificaram a imposição legal daquela proibição”*.

De igual forma, quanto à proibição da prestação de cauções, refere-se que o regime então estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 195/99 *“era desadequado para o serviço fixo de telefone, no qual não se verificavam práticas paralelas a outros sectores de serviços essenciais, onde a prestação das cau-*

ções, enquanto condição contratual para a ligação domiciliária dos serviços, era por vezes desvirtuada “aparentando antes ser uma forma menos clara de financiamento das empresas” (...). E acrescenta-se que se verifica “que as empresas que oferecem serviços telefónicos se comportam de forma a atrair clientes novos e a manter os existentes através, nomeadamente, de propostas tarifárias múltiplas e alternativas, e não da criação de obstáculos no acesso ao serviço através da exigência sistemática de cauções”.

Por outro lado, invoca a ANACOM, como argumento a favor da desnecessidade do estabelecimento legal das proibições de imposição e cobrança de consumos mínimos e de cauções, a sua natureza de entidade reguladora, com poderes designadamente de controlo em matéria de preços e de fiscalização prévia dos contratos de adesão.

Ainda quanto à questão específica dos consumos mínimos, refere-se naquele mesmo documento que a manutenção da mencionada proibição “poderia retirar flexibilidade na criação de tarifários alternativos pelos operadores de serviço fixo de telefone, impedindo, por exemplo, a existência de flat rates de voz, o que, em última análise, seria susceptível de prejudicar os consumidores”.

3. Não pondo em causa a bondade da argumentação expressa no ofício da ANACOM em referência, entendo, Senhor Ministro, que a mesma poderá revelar-se falível.

De facto, o comportamento das empresas a que se refere aquela entidade poderá amanhã ser distinto do que é hoje em dia, em teoria sendo possível equacionarem-se, no futuro, práticas concertadas de empresas no sentido que precisamente se pretenderia evitar com a consagração legal das proibições em causa. Por outro lado, e em última análise, a actividade da ANACOM poderá não se revelar, na prática, uma garantia de salvaguarda dos interesses dos consumidores afectados pela eventual cobrança, pelas empresas prestadoras do serviço, de cauções e de consumos mínimos.

Finalmente, e quanto à questão, avançada pela ANACOM, de a proibição expressa da imposição e cobrança de consumos mínimos poder vir a impedir a flexibilização de tarifários alternativos e designadamente dos denominados “flat rates”, sempre se dirá que os consumos mínimos objecto da presente recomendação não são aqueles que resultam de um acto de adesão voluntária do consumidor a um produto específico que lhe é proposto – e não imposto – pelo operador, em alternativa a outros, como acontecerá naquelas

●
●
●
Assuntos político-constitucionais...

situações, antes aqueles que poderão ser cobrados no âmbito do serviço de telefone fixo, a par da assinatura mensal.

4. Assim sendo, com base no que acima fica exposto, ao abrigo do disposto no art. 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

A consagração expressa, na lei, da proibição de imposição e cobrança de consumos mínimos e de cauções no âmbito da prestação do serviço de telefone fixo.

Por último, tinha igualmente sido pedida, ao anterior Governo, informação sobre se foram as associações de consumidores ouvidas no âmbito do procedimento legislativo que levou à aprovação da Lei n.º 5/2004, pedido esse que viria no entanto, com a demissão do anterior Executivo, a ficar sem resposta.

De qualquer forma, permito-me chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de, nos termos da lei, serem as referidas associações ouvidas no âmbito dos procedimentos que visem a aprovação de legislação relativa à matéria em causa.

Sem resposta

Sua Excelência
o Ministro de Estado, da Defesa Nacional
e dos Assuntos do Mar

R-3669/02
Rec. n.º 11/B/2004
Data: 25.11.2004
Assessor: João Batista

1. Tendo sido apresentada ao Provedor de Justiça uma exposição subscrita no interesse de um conjunto de oficiais, pertencentes à Armada, actualmente na situação de reforma, nesta se dava conta dos efeitos práticos associados à revogação, pelo Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho, da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto.

2. De acordo com o então alegado, tendo aqueles militares passado à situação de reserva, por força do disposto no artigo 7.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, com efeitos reportados a 31 de Dezembro de 1992, atenta a previsão do n.º 4 daquela disposição, apenas ao completarem 65 anos de idade, transitariam para a situação de reforma.

3. Ainda de acordo com o oportunamente exposto, não obstante os militares em causa terem vindo a transitar, ao nível das Forças Armadas, dos quadros da reserva para a reforma, em 2001, ano em que completaram, efectivamente, a idade fixada nos termos que antecedem, veio a Caixa Geral de Aposentações a fazer retroagir os efeitos da passagem para aquela situação a Junho de 1999, data da publicação do diploma que veio a aprovar o então novo Estatuto dos Militares das Forças Armadas.

4. Analisada a situação deste modo trazida ao meu conhecimento, complementada pelos esclarecimentos prestados, nesta matéria, por aquela entidade pública, constata-se que a decisão contestada nos termos que antecedem, ter-se-á fundado na expressa revogação do artigo 7.º da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, entretanto levada a cabo pelo artigo 30.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho.

5. De facto, de acordo com o despacho então proferido, ter-se-á aplicado, por isso, ao caso concreto dos exponentes, a regra vertida no artigo 160.º, n.º 1, alínea b) deste último diploma, na redacção a este então dada, de acordo com a qual o militar passa à situação de reforma sempre que “complete, seguida ou interpoladamente, cinco anos na situação de reserva fora da efectividade de serviço”.

6. No tocante a esta matéria, veio a Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, a adoptar um conjunto de medidas destinadas a assegurar a racionalização dos efectivos militares, estabelecendo, para o efeito, ao abrigo do seu artigo 7.º, n.º 1 que “durante os anos de 1992 e 1993 passam à situação de reserva os militares que possuam tempo de serviço igual ou superior a 36 anos”, preenchendo cumulativamente um dos critérios fixados nas suas diversas alíneas.

7. Por sua vez, estabelecia o n.º 4 daquele preceito, que os militares abrangidos pela medida caracterizada nos termos que antecedem, “apenas transitam para a situação de reforma ao completarem 65 anos de idade e são equiparados, para efeito de remuneração, aos militares cuja transição para a reserva se efectivou nas situações previstas no n.º 2 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 57/90, de 14 de Fevereiro, com a redacção dada pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 98/92, de 28 de Maio”.

8. Determinando a Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, na prática, a interrupção do percurso militar dos seus destinatários, pretendeu o legislador, através do recurso ao expediente elencado nos moldes que antecedem, criar uma solução que, em termos finais, permitisse acautelar os legítimos interesses daqueles, assentes nas expectativas de carreira detidas à data da publicação daquele diploma, não obstante as mesmas se encontrarem, na prática, limitadas pelo tempo de serviço até então já prestado.

9. Neste mesmo sentido veio a pronunciar-se alguma jurisprudência, reconhecendo que o tratamento diferenciado introduzido pelo diploma de 1992, veio a ser atenuado por algumas compensações, tais como a aplicação de regime mais favorável no cálculo das pensões (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo – R 33 253 – de 14 de Outubro de 1999, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, 490, 302).

10. Posteriormente veio o Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho, a aprovar o novo Estatuto dos Militares das Forças Armadas, estabelecendo no seu artigo 30.º a revogação, entre outras, da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto.

11. Tendo em vista, precisamente, a salvaguarda do conjunto de expectativas fundadas no diploma legal de 1992 e comprometidas pela opção legislativa adoptada em 1999, veio a estabelecer o artigo 5.º da Lei n.º 25/2000, de 23 de Agosto, em sede de alterações ao Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho, apenas a repriminção dos n.ºs 6 e 7 do artigo 7.º da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, “até que se esgotem os respectivos efeitos jurídicos”.

12. Mais tarde, pelas razões atrás enunciadas, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 197-A/2003, de 30 de Agosto, que procedeu à introdução de alterações ao diploma de 1999, e por força do disposto no seu artigo 7.º, veio a ser repriminado “o regime de passagem à reforma previsto no n.º 4 do artigo 7.º da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, até que se esgotem os respectivos efeitos jurídicos”.

13. Resulta assim do percurso legislativo, traçado nos termos que antecedem, que os militares que, de acordo com os critérios fixados pela Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, passaram internamente à situação de reforma entre Junho de 1999 e Agosto de 2003, não vieram a beneficiar, em termos práticos, do regime previsto no seu artigo 7.º, n.º 4, numa situação de diferenciação de tratamento para com os restantes militares que, em função da idade, tenham vindo a abandonar os quadros da reserva, ao abrigo daquela disposição, em data anterior ou posterior àquele período.

14. Esta situação é destituída, a meu ver, de qualquer fundamento racional bastante que permita a sua sustentação.

15. Na verdade, tendo vindo o legislador a repriminar, aceitando assim o erro cometido com a revogação e procurando remediá-lo, o regime com base no qual vieram os mesmos a fundar as suas legítimas expectativas, acabou por vir a reconhecer a actualidade e a validade da sua aplicação.

16. Validade essa que, assumida apenas em 2003, não veio a ser reconhecida até então apenas por mera opção legislativa, o que, associado ao mero decurso do tempo, determinou, no caso concreto dos militares que vieram a completar, entre o ano de 1999 e até àquela data, os 65 anos de idade previstos no n.º 4 do artigo 7.º da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, o afastamento do regime agora repriminado.

17. Considero assim, não existir qualquer razão para que aos militares em causa não venha a ser agora reconhecido, à luz do princípio de justiça material, que enforma a noção de Estado de direito democrático, o direito vertido no artigo 7.º, n.º 4 da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, devendo os mesmos passar a beneficiar, para efeitos do cálculo das respectivas pensões, do tempo decorrido até à data em que completaram, de facto, a idade naquele estabelecida.

18. Lembro, por último, que se trata de um universo bem definido e delimitado, assim facilitando a formação da vontade legislativa que se impetra.

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:

a adopção, por parte do Governo, de medida legislativa tendente à resolução, no sentido do entendimento perfilhado nos termos que antecedem, da situação em que actualmente se encontram os militares que, inicialmente abrangidos pelo regime de passagem à situação de reforma vertido no artigo 7.º, n.º 4 da Lei n.º 15/92, de 5 de Agosto, vieram a completar os 65 anos de idade naquele previstos, entre a revogação desta norma e a sua repriminação.

Sem resposta definitiva

2.6.3. Processos Anotados

R-610/93

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Segurança Social; Banca.

Objecto: Seguimento dos ofícios dirigidos ao Presidente da Associação Portuguesa de Bancos e ao Governador do Banco de Portugal, publicados no Relatório à Assembleia da República, 2003, a p. 916.

Decisão: Situação regularizada.

Síntese:

A Associação Portuguesa de Bancos veio informar que o procedimento sugerido no ofício que lhe foi enviado – o pagamento de uma pensão de reforma aos trabalhadores bancários que abandonaram o sector bancário antes de terem atingido a situação de reforma, pelo tempo de serviço prestado nesse sector, e sem necessidade de recurso à via judicial – estava a ser já praticado pela generalidade das entidades suas associadas, tendo o processo, quanto aos reclamantes ex-trabalhadores daquelas entidades, sido arquivado com base naquela informação, tendo-se sugerido aos reclamantes que ainda o não tivessem feito, novo contacto com os bancos para o efeito.

O Banco de Portugal, por seu lado, acedeu a pagar, nos moldes referidos e em resposta ao mesmo apelo do Provedor de Justiça, as pensões de reforma aos seus dois ex-trabalhadores, reclamantes do processo em referência, que se encontravam na situação em análise.

R-2119/02

Assessor: João Batista

Assunto: Desporto; Policiamento; Financiamento.

Objecto: Impossibilidade de acesso a comparticipação financeira do Estado, ao nível dos encargos decorrentes do policiamento das provas de



ciclismo, por aplicação do Decreto-Lei n.º 238/92, de 29 de Outubro.

Decisão: Tomada de posição junto do Secretário de Estado do Desporto, tendo em vista a adopção de medida legislativa.

Síntese:

1. Tendo sido apresentada uma exposição subscrita por uma associação de ciclismo, nesta se afirmava que, à luz do regime em vigor ao nível do policiamento e da satisfação dos encargos daí decorrentes a propósito da realização de provas desportivas, vertido no Decreto-Lei n.º 238/92, de 29 de Outubro, se encontravam as entidades organizadoras de provas desportivas no domínio daquela modalidade afastadas do acesso à comparticipação financeira do Estado nos termos naquele previstos.

2. Radicava esta situação na definição de recinto desportivo constante do artigo 1.º, n.º 2, alínea *a*), do diploma legal em apreço, a considerar para o efeito, alheia à natureza das provas desportivas em causa.

3. Na verdade, este diploma, que previa uma comparticipação pública nas despesas com certas provas desportivas (cfr. art. 4.º, n.º 1), não se aplicava a eventos que decorrem na via pública.

4. Tendo em conta a ocorrência de provas de ciclismo idênticas às manifestações desportivas enunciadas no dispositivo legal em causa, entendeu o Provedor de Justiça dirigir ao Secretário de Estado do Desporto uma comunicação nos termos da qual se chamava a atenção daquele membro do Governo para a necessidade de vir a ser adoptada medida legislativa que abrangesse os eventos realizados fora dos recintos desportivos, tal como definidos actualmente no Decreto-Lei n.º 238/92, de 29 de Outubro.

R-897/03

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Negociação colectiva; Meios de convocatória.

Objecto: Alegada inobservância dos procedimentos de negociação na elaboração de diploma cujo preâmbulo afirmava terem sido os mesmos respeitados.

Decisão: Chamada de atenção ao Governo da Região Autónoma da Madeira, na pessoa do seu Presidente, com sugestão para aperfeiçoamento dos procedimentos inerentes à convocação das organizações sindicais no âmbito dos processos de negociação colectiva regulamentados pela Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

Síntese:

Queixou-se ao Provedor de Justiça uma organização sindical afirmando não ter sido convocada para as reuniões realizadas no âmbito de um processo de negociação colectiva promovido pelo Governo da Região Autónoma da Madeira, tendo apenas tido conhecimento do processo por outras estruturas de trabalhadores convocadas para o efeito. No entanto, terá sido enviada, pelo Governo Regional, à organização sindical reclamante, em data anterior à realização da primeira reunião de negociação, pelo menos cópia do projecto de diploma a discutir. A organização sindical acabou por enviar, ao Governo Regional, um parecer sobre o projecto de diploma em causa, tendo desta feita participado na respectiva negociação.

Não foi possível apurar, durante a instrução do processo, se alguma falha não imputável à estrutura sindical reclamante terá estado na origem do alegado desconhecimento, pela mesma, da realização da primeira reunião de negociação. De qualquer forma, foi também possível concluir por um lado que o Governo Regional pretendia convocar para a reunião aquela mesma organização e, por outro, que a convocatória no âmbito do processo de negociação colectiva concreto a que se referia a queixa tinha sido feita através de uma única carta não registada, facto que de alguma forma poderá, em abstracto, comprometer o conhecimento atempado e seguro do respectivo teor por parte da entidade destinatária.

Assim sendo, foi sugerido ao Governo da Região Autónoma da Madeira que, de futuro, fosse dirigido convite às referidas entidades cumulativamente por via postal e por telecópia, neste último caso bastando a menção àquele envio e do conteúdo do mesmo.

A sugestão deste órgão do Estado foi acolhida pelo Presidente do Governo da Região Autónoma da Madeira, que a transmitiu aos Secretários Regionais dos Recursos Humanos e dos Assuntos Sociais.

Assunto: Prisão; Penhora; Extravio.

Objecto: Extravio ou deterioração de aparelho receptor de televisão quando depositado à guarda de estabelecimento prisional, por penhora judicial.

Decisão: Na impossibilidade de determinação do que sucedeu no caso concreto, foi formulada sugestão, posteriormente aceite, para prevenção de casos futuros.

Síntese:

Um recluso apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça, alegando que, durante o período em que se encontrava no Estabelecimento Prisional de Lisboa e na sequência de um auto de penhora, tinha-lhe sido retirado um televisor, dotado da respectiva antena e comando.

Posteriormente transferido para outro estabelecimento prisional foi, entretanto, levantada a penhora, pelo que requereu a devolução dos bens.

Demorando a remessa do televisor a efectuar-se, solicitou o interessado a intervenção da Provedoria de Justiça, conseguindo-se, após diligências efectuadas junto do EPL, concretizar a mesma.

Contudo, alegou o interessado, após ser-lhe entregue o aparelho, não vir o mesmo acompanhado do controlo remoto e da antena. Efectuadas novamente diligências junto dos dois estabelecimentos prisionais, não foi possível determinar o paradeiro dos mesmos.

O auto de penhora era omissivo a este respeito, bem como a demais documentação respeitante à colocação em depósito no EPL do aparelho.

Mais se apurou que, em casos desta natureza, não era prática do EPL registar a existência discriminada dos acessórios em causa.

Assim, precavendo a repetição deste tipo de situações, sugeriu-se ao Director do EPL a conveniência de, independentemente do teor de futuros autos de penhora, ser alvo do devido e completo registo a totalidade dos bens recebidos e suas condições, especificando aqueles objectos que, muito embora com ligação funcional a outros, possam ser do mesmo destacados, como é o caso do comando e da antena.

Esta sugestão foi aceite, criando-se um registo próprio sobre o depósito de bens penhorados a reclusos, no qual consta a identificação do recluso, número do processo e decisão do tribunal, identificação de todos os objectos, local de depósito, assinatura do funcionário e do interessado.

R-2620/03

Assessor: João Batista

Assunto: Desporto; Estatuto de Alta Competição; Concessão.

Objecto: Efectivação da inscrição de dois velejadores como atletas de alta competição.

Decisão: Queixa provida. Proposta aceite pela Federação Portuguesa de Vela e sugestão apresentada ao Secretário de Estado do Desporto.

Síntese:

1. Foi apresentada uma exposição nos termos da qual se dava conta da decisão de não subscrição, por parte da Federação Portuguesa de Vela, de proposta tendente à concessão do estatuto de alta competição a dois velejadores que, em virtude dos resultados desportivos internacionalmente alcançados, vieram a solicitar àquela federação desportiva a abertura de procedimento tendente à sua inscrição, junto do Instituto de Desporto de Portugal, como atletas de alta competição.

2. Analisada a posição adoptada pela Federação Portuguesa de Vela, na sequência dos contactos estabelecidos com a entidade pública citada, constatou-se que, não obstante terem sido, em concreto, observados os critérios legalmente estabelecidos para o efeito, razões de ordem desportiva, estribadas em disposições regulamentares internas em vigor nesta matéria, teriam alegadamente justificado o sentido da posição adoptada por aquela federação desportiva.

3. Não se mostrando legalmente admissível a fixação, pelas federações desportivas, de requisitos adicionais que, de forma mais restritiva, venham a alterar os critérios legalmente já estabelecidos, dirigiu-se à Federa-

ção Portuguesa de Vela uma chamada de atenção, tendo em vista a correcta aplicação da legislação em vigor neste domínio.

4. Esta organização desportiva comunicou o seu acatamento, substanciado na adopção do procedimento tendente à atribuição do estatuto de alta competição reclamado.

5. Considerando, *de jure constituendo*, que os critérios legais actualmente estabelecidos ao abrigo da Portaria n.º 947/95, de 1 de Agosto, em conjugação com o regime vertido no Decreto-Lei n.º 125/95, de 31 de Maio, não permitem dar uma adequada resposta às exigências competitivas, decorrentes das especificidades próprias de cada modalidade, entendeu-se ainda dirigir ao Secretário de Estado do Desporto uma sugestão, fazendo-se notar a pertinência de vir a ser adoptada medida regulamentar que permitisse acolher e reflectir as condições e perspectivas de cada modalidade, veiculadas através da respectiva federação.

6. Em resposta, veio aquele membro do Governo a manifestar a sua concordância face ao então proposto, mais esclarecendo estar já em curso a análise conducente à modificação do regime em vigor, com intervenção das federações.

R-3462/03

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação; Acção Social.

Objecto: Indeferimento de pedido de subsídio para alimentação e livros.

Decisão: Reclamação provida; situação regularizada após intervenção do Provedor de Justiça.

Síntese:

1. Foi apresentada uma reclamação por um encarregado de educação, segundo a qual não teria sido concedido ao seu educando subsídio para alimentação e livros, para o ano lectivo 2003/2004.

2. Alegava a Administração Educativa, invocando o “Guião para análise e tratamento de boletim de candidatura a subsídios de estudo” para o ano escolar 2003/2004, que a situação económica do agregado familiar tinha

sido correctamente avaliada, já que se entendia ser apenas de deduzir ao rendimento bruto os valores respeitantes a deduções à colecta e imposto adicional a pagar, valores que em ambos os casos eram nulos.

3. O rendimento global, apresentado na nota de liquidação era de 9999,21 €, pelo que, aplicada a fórmula constante no boletim de candidatura de subsídio de estudo, o valor de capitação seria de 208,32 € o que consequentemente excluiria o aluno deste apoio.

4. Conferida a aplicação da referida fórmula, verificou-se que apenas foi dividido o rendimento global encontrado (9999,21 €) pelo produto de 12 (meses) por 4 (número de elementos do agregado familiar), operação essa que de facto perfazia os 208,32 €, acima referidos.

5. Contudo, constatou-se que a referida fórmula mandava subtrair ao rendimento anual bruto do agregado familiar a soma dos impostos e contribuições (no caso concreto, com o valor de 0,00 €), dos encargos anuais com a habitação e com a saúde. Ora, subtraídos estes últimos encargos, no valor constante da declaração fiscal pertinente, a capitação baixaria e seria o mesmo incluído no escalão B, do 2.º ciclo do ensino básico, assim parecendo fazer jus aos auxílios económicos pretendidos, pelo que se sugeriu ao órgão de gestão da escola que reponderasse a questão e concedesse o apoio em causa.

6. A escola remeteu os esclarecimentos para a Direcção Regional de Educação do Centro, a qual entendeu que, quando no Guião se omitia qualquer referência à nota de liquidação, no que respeita aos encargos com saúde e a habitação, seria por estes já estarem implícitos na colecta líquida. Mais referiu que, se às deduções da colecta ainda se deduzissem novamente as despesas com habitação e a saúde, existiria uma duplicação na dedução.

7. Face a esta resposta, esclareceu-se a correcta interpretação da fórmula para cálculo de capitação, reiterando-se a posição de que esta traduz a necessidade de ser calculado, *per capita*, o rendimento que efectivamente fica disponível para as despesas do agregado familiar. É que, ao rendimento que resta após o pagamento do IRS, considerou a norma como atendível que se subtraíssem as despesas consideradas fundamentais, quais sejam as para acorrer aos cuidados de saúde e à obtenção de um alojamento. O remanescente é, assim, o padrão útil para aferir, *per capita*, da necessidade de prestação de apoio social, e em que medida, por parte da Administração.

8. É esta a realidade que está correctamente traduzida na fórmula constante no boletim de candidatura a subsídio de estudo, onde efectivamente,

nos abatimentos a fazer ao rendimento bruto, constam separadamente as parcelas de Imposto, Habitação e Saúde.

9. Acresce que a eventual existência de deduções à colecta, por via da despesa com saúde ou habitação, não significa que as quantias não entregues ao Estado fiquem livres para outra aplicação, tendo sido, aliás, obrigatoriamente gastas naquelas finalidades.

10. No limite, a existência de uma colecta igual a zero, por não se ultrapassar o mínimo de existência, faria com que fossem desatendidas as despesas com habitação e saúde, por supostamente já consideradas numa virtual dedução a uma inexistente colecta, assim se penalizando os agregados com rendimentos mais baixos.

11. Face a estas conclusões sugeriu-se à DREC que reconhecesse a inclusão do aluno no escalão B do 2.º ciclo do ensino básico, conforme o anexo III do Despacho 13224/2003 (2.ª Série).

12. Esta proposta foi aceite e atribuído o competente subsídio ao aluno.

R-3693/03

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Consumo; rescisão de contrato; identidade.

Objecto: Necessidade de prova da identidade para rescisão de contrato de fornecimento de gás.

Decisão: Após dupla intervenção, a empresa concessionária aceitou como boa a declaração de rescisão atempadamente prestada pelo consumidor, não mais exigindo o pagamento das quantias que desde então eram devidas pela não efectivação do corte de abastecimento.

Síntese:

1. Um consumidor de gás da cidade de Lisboa alegou que, pretendendo rescindir o respectivo contrato de fornecimento por fax, foi-lhe exigida remessa de cópia do bilhete de identidade, o que recusou.

Aconselhado a dirigir-se presencialmente a um balcão de atendimento, fê-lo, alguns meses mais tarde, na Loja do Cidadão, aí sendo todavia reiterada a exigência da fotocópia do mesmo documento de identificação.

2. Foi feito notar à Lisboaagás que devia, nesta última situação, ter-se bastado com a simples recolha dos elementos de identificação relevantes para certificação da identidade do declarante.

Reconheceu esta empresa que, sendo a rescisão efectuada presencialmente, não haveria motivos para se exigir nada mais do que a simples apresentação de documento que confirmasse a identidade do declarante, sugerindo que o interessado se dirigisse novamente aos serviços de atendimento da empresa em apreço, para apropriada resolução do caso.

3. Sanado o essencial da queixa, conforme foi posteriormente informado, novo problema se levantou, quando o interessado de novo se dirigiu ao Provedor de Justiça, indicando que a empresa se recusava a considerar rescindido o contrato sem que se mostrassem pagos os montantes em dívida, respeitantes ao “aluguer do contador”, já que não teriam sido efectuados consumos desde a data em que tinha sido enviado o fax com a declaração de rescisão.

4. Entendeu-se sugerir ao Conselho de Administração da Lisboaagás que, confirmando-se a inexistência de consumos desde então, fosse considerado como rescindido o contrato na data do atendimento incorrecto na Loja do Cidadão, não sendo de exigir quaisquer quantias referentes a período posterior.

A administração da Lisboaagás concordou com esta proposta, que mereceu também o acordo do interessado, assim se resolvendo adequadamente o litígio.

R-4275/03

Assessor: Isaura Junqueiro

Assunto: Acesso a documentos.

Objecto: Acesso a gravação das declarações proferidas em reunião pública da Câmara Municipal do Porto.

Decisão: Procedência da queixa. Após sugestão do Provedor de Justiça, o Presidente da Câmara Municipal do Porto alterou a sua posição inicial, deferindo agora o acesso pretendido.

Síntese:

1. Foi apresentada queixa ao Provedor de Justiça, alegando-se que o Presidente da Câmara Municipal do Porto, em resposta a um pedido de reprodução de gravação de declarações proferidas em reunião pública deste órgão, tinha indeferido tal pretensão.

2. Ouvida a autarquia, escudou-se a mesma em parecer jurídico interno, sustentando que as declarações verbais proferidas na reunião pública da câmara municipal, no período reservado ao público, não eram elementos que devessem constar da acta dessa reunião, como tal não devendo ser consideradas “documento administrativo” a cujo acesso, por existir eventual gravação sonora, pudessem ter direito terceiras pessoas, invocando-se como base legal o art. 4.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei 65/93, de 26 de Agosto, na sua versão actual (LADA).

3. Discordando destes fundamentos, o Provedor de Justiça entendeu que era ilícita a recusa de acesso a tal documento, assim fazendo notar ao Presidente da Câmara Municipal do Porto a bondade de tal acto ser revogado, por ilegalidade, e substituído por outro que, de acordo com o preceituado no art. 12.º da LADA, desse satisfação à legítima pretensão da interessada.

4. Fundamentou tal posição ao considerar, desde logo, como irrelevante a questão da necessidade ou não de a intervenção do particular em questão figurar na acta da reunião em causa, chamando todavia a atenção para o teor do art. 84.º, n.º 7, da Lei 169/99, de 18 de Setembro, onde se prescreve que as actas das reuniões em causa devem conter “referência sumária às eventuais intervenções do público na solicitação de esclarecimentos e das respostas dadas”.

5. Ainda que a acta da reunião camarária em causa fosse omissa quanto à intervenção em disputa, certo é que o registo sonoro pretendido existiria na posse da autarquia, sendo colhido no decorrer de acto dotado de publicidade. Como o art. 4.º, n.º 1, *a*), da LADA, claramente qualifica como documento administrativo um suporte sonoro que seja detido por entidade compreendida no âmbito do seu art. 3.º, era, assim, aplicável o regime legal em causa, neste sentido se buscando o apoio da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, citando-se, a título exemplificativo, os seus Pareceres n.º 49/2002 e 94/2003, cuja solução se acolheu.

6. No que toca à invocação do art. 4.º, n.º 2, da LADA, não sendo de presumir a verificação da sua alínea *a*), por nada a este respeito ser dito pela autarquia, restava a hipótese da alínea *b*), aliás expressa na fundamentação do acto que tinha negado provimento ao pedido da queixosa.

7. Ora, a excepção legal em causa, visa, como se verifica da exemplificação aí explicitada, afastar do regime da LADA os documentos que, detidos ou produzidos por entidade administrativa, relevem do exercício de poderes inseridos noutra função do Estado.

8. É este, claramente, o caso do Governo, pretendendo esta norma que se não aplique o princípio constitucional da administração aberta à actividade governamental que se insira nas suas competências legislativa e política *stricto sensu*.

9. Fez-se assim notar à Câmara Municipal do Porto a obrigação legal de facultar o registo sonoro em causa, corrigindo para o futuro a sua conduta, neste caso como em outros similares.

10. Esta posição foi devidamente acatada pela Câmara Municipal do Porto.

R-4394/03

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Educação; propinas.

Objecto: Taxas emolumentares fixadas pelas instituições de ensino superior. Épocas de recurso e especial.

Decisão: Reclamação não provida.

Síntese:

Foi apresentada uma reclamação na Provedoria de Justiça a propósito da fixação, no caso pelo Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, de taxas a pagar pela inscrição em exames nas épocas de recurso ou especial.

A queixa foi arquivada com base na circunstância de as instituições de ensino superior, designadamente os institutos politécnicos e as escolas superiores nos mesmos integradas, gozarem, nos termos da lei, de autonomia financeira, revelando-se irrelevante a questão, também levantada na queixa,

quanto à eventual circunstância de, noutros institutos ou escolas, não serem devidas aquelas quantias.

A autonomia financeira de que se encontram dotados os referidos institutos e respectivas escolas permite-lhes a obtenção de receitas próprias, de que as taxas em causa são um exemplo.

Não procedeu igualmente o argumento de que o pagamento da propina única englobaria já o pagamento daqueles serviços. O pagamento da propina traduzirá o pagamento dos custos dos serviços prestados pela instituição ao aluno que cumpre o ano escolar no período considerado normal para esse cumprimento, no que diz respeito à frequência e à avaliação apta a produzir uma aprovação. Não parece desadequado que a instituição possa cobrar uma determinada quantia por um serviço que é prestado fora desse período regulamentar, como é o caso dos exames que são proporcionados aos alunos em épocas especiais ou de recurso, supondo já que estes mesmos alunos não obtiveram aproveitamento na época normal ou nem sequer se apresentaram à mesma.

R-4395/03

Assessor: João Batista

Assunto: Cemitérios; concessão.

Objecto: Sepultura dupla; Não reconhecimento da natureza dupla de espaço cemiterial; Actualização de alvará de concessão.

Decisão: Deferimento do pedido de actualização, após intervenção da Provedoria de Justiça.

Síntese:

Foi apresentada uma exposição relativa à posição assumida pela Junta de Freguesia de Santo André, enquanto entidade pública responsável pela administração do respectivo cemitério paroquial, a respeito do indeferimento de um pedido de actualização do alvará de concessão de determinada sepultura de estrutura dupla, naquele existente.

Alegava o exponente ter sido apresentada por aquele órgão autárquico, como condição *sine qua non* para a emissão do respectivo alvará de concessão, a aquisição de terreno contíguo ao espaço cemiterial em causa, devoluto até Julho de 2002, desde então excepcional e erroneamente afecto a inumação de pessoa entretanto falecida, tendo em vista assegurar a efectiva

possibilidade de utilização da sepultura concessionada aos familiares da expnente, em absoluto respeito pelas suas características intrínsecas (acesso por ambos os lados).

Instada a Junta de Freguesia de Santo André a pronunciar-se relativamente ao alegado nos termos que antecedem, foi a Provedoria de Justiça informada que, reconhecendo-se a finalidade originária da dupla utilização do espaço em causa, nas condições actualmente existentes, encontrar-se-ia assegurado o espaço entre sepulturas, regulamentarmente previsto para o efeito, confirmado, no que ao caso concreto respeita, por técnico da autarquia a prestar serviço naquele cemitério.

Esclareceu ainda o órgão autárquico em causa ser sua intenção, nos termos legalmente previstos, virem a ser oficiosamente exumados os restos mortais que tinham sido depositados em sepultura contígua, assim sanando lapso formalmente reconhecido pelos respectivos serviços daquela autarquia local.

Mais esclareceu, no entanto, aquele órgão autárquico, ter sido tomada deliberação, nos termos da qual o deferimento do pedido em causa estaria dependente da aquisição daquele espaço, uma vez que se considerava ser diminuto o espaço actualmente existente para acesso à sepultura objecto do pedido em apreço.

Confrontada, em sede de chamada de atenção, a Junta de Freguesia de Santo André, com a incoerência da exigência formulada nos termos que antecedem, atenta a posição por aquela assumida, conducente, na prática, ao reconhecimento de facto da natureza dupla agora formalmente reclamada, veio aquele órgão autárquico a deliberar no sentido do deferimento do pedido oportunamente apresentado pelo reclamante, consubstanciado na emissão do respectivo alvará de concessão, sem qualquer exigência adicional.

R-4416/03

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação; Associativismo estudantil; Apoio financeiro.

Objecto: Indeferimento de pedido de subsídio anual ordinário por atraso na apresentação de documento.

Decisão: Reclamação provida; situação regularizada após intervenção do Provedor de Justiça.

Síntese:

1. Foi apresentada uma reclamação, pela Associação de Estudantes da Universidade de Évora, segundo a qual não teria sido concedido o subsídio ordinário, para o ano de 2003, em virtude da apresentação tardia da documentação exigida para tal.

2. Nos termos do art. 26.º, n.º 4, da Lei 33/87, de 11 de Julho, alterada pela Lei 35/96, de 29 de Agosto, o pedido de subsídio anual ordinário tem que ser apresentado até 31 de Maio do ano a que se reporta.

3. A AEUE apresentou o pedido em causa no dia 30 de Maio de 2003, instruindo-o com o relatório e contas respeitante ao ano de 2002.

4. O art. 28.º, n.º 3, da referida Lei, estabelece, concomitantemente à apresentação do pedido de subsídio, a obrigação de apresentação do “relatório e contas referente ao anterior mandato dos órgãos directivos, bem como o relatório e contas do ano económico anterior”.

5. Em Abril de 2003 tomou posse a nova Direcção da Associação de Estudantes da Universidade de Évora (AEUE).

6. Assim, entendeu o IPJ que estava em falta o relatório respeitante ao período entre Janeiro e Abril de 2003, ainda da responsabilidade do “anterior mandato”.

7. Em Setembro de 2003, como forma possível de superar a questão, a AEUE foi notificada pelo IPJ para prestar uma declaração em como, no período em causa, não se tinha ultrapassado a chamada “gestão corrente”.

8. Apesar de ter sido apresentada a documentação que alegadamente corroborava essa asserção, foi proposto o indeferimento do pedido, o que se determinou, por despacho do Secretário de Estado da Juventude e Desportos.

9. Muito embora do ponto de vista estritamente formal o IPJ tivesse proferido a sua posição de forma consentânea com o estipulado na lei, a verdade é que a mesma parecia padecer de um rigorismo formal extremo, inclusivamente se reconhecendo inexistir qualquer controlo ou apreciação dos documentos solicitados.

10. Assim, entendeu-se propor ao Secretário de Estado da Juventude e dos Desportos que:

- a. em futuros processos de candidatura a subsídio anual fosse utilizado um modelo de *check-list*, com entrega à associação peticionante, desde logo permitindo a esta averiguar a completude da instrução do pedido;
- b. em qualquer caso, toda a anomalia de índole formal detectada fosse de imediato notificada à associação peticionante, de modo a esta poder suprir em tempo essa deficiência;
- c. que a legislação fosse alterada, no sentido de se fazer corresponder a exigência de documentação da aplicação de dinheiros públicos à efectiva verificação do modo como os mesmos foram aplicados, naturalmente respeitando a autonomia das associações.

11. Quanto à situação concreta da AEUE, propôs-se que:

- a) Fosse revogado o acto de indeferimento da pretensão da AEUE;
- b) Subsidiariamente e caso, não fosse acolhida a sugestão acima transcrita, fossem quantificadas as despesas efectivamente suportadas pela AUEU durante o ano de 2003, e que fosse concedido um apoio extraordinário nesse montante;
- c) Fosse apreciado com a maior celeridade o pedido de subsídio ordinário relativo a 2004.

12. O despacho inicial foi revogado e, por Despacho de 13 de Outubro de 2004, foi autorizada a atribuição do subsídio ordinário de 2003 à AEUE.

13. Os procedimentos em vigor para 2004 comportavam já a utilização de uma *check-list*, remetendo-se para momento oportuno a ponderação do enunciado em 10, c).

P-05/04

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Prisão; Transferência.

Objecto: Controlo dos bens dos reclusos que são transferidos para outro estabelecimento prisional.

Decisão: Sugestão acatada.

Síntese:

1. Foram apresentadas várias reclamações relacionadas com o desca-minho de bens que, alegadamente estando na posse de reclusos que foram transferidos para outro estabelecimento prisional, não os acompanharam de imediato.

2. Era a este respeito alegada a incompletude do arrolamento feito pelo pessoal de vigilância, invocando-se o desaparecimento de bens de valor não despreciando.

3. O estabelecimento de origem informava não existir notícia do paradeiro desses objectos ou da sua própria existência na posse dos queixosos, sendo certo que o referido arrolamento, efectuado após a saída dos mesmos do EP, era sempre efectuado por dois elementos dos serviços de vigilância.

4. Sem que seja legítimo, *a priori*, duvidar da boa fé dos reclusos ou dos funcionários em causa, podendo aliás serem verídicas as duas asserções só aparentemente contrárias, por intervenção de um agente terceiro, nenhum motivo existia em concreto para fazer prevalecer a pretensão do particular, a quem caberia, nos termos gerais, fazer prova do seu direito.

5. Todavia, as circunstâncias muito específicas desta situação, com restrição da possibilidade de o recluso se assegurar convenientemente dos meios de prova bastante, levaram a que o Provedor de Justiça sugerisse, ao EP onde tinham ocorrido estes factos, que para o futuro se atalhasse à sua repetição.

6. Na verdade, o recluso sofre uma decisão coactiva da Administração que, transferindo-o mas não aos seus bens, o priva da possibilidade de exercer sobre estes a devida vigilância.

7. Assim, sugeriu-se ao estabelecimento prisional em causa que ponderasse as vantagens de, no futuro e em casos análogos, ser sempre, no momento da transferência, dada a possibilidade ao interessado de declarar os bens que deixa no EP de origem, em especial os de maior valor, de imediato se conferindo a sua existência e, se for caso disso, o estado de conservação.

8. Esta sugestão foi acatada, informando-se terem sido dadas instruções ao pessoal de vigilância para execução de acordo com as linhas propostas.

9. Tendo presente a possibilidade de eventos desta natureza poderem ter lugar nos demais estabelecimentos prisionais, idêntica sugestão foi dirigida ao Director-Geral dos Serviços Prisionais, com igual sucesso.

Assunto: Educação; Acção Social.

Objecto: Indeferimento de pedido de subsídio para alimentação e livros.

Decisão: Reclamação provida; situação regularizada após intervenção do Provedor de Justiça.

Síntese:

1. Foi apresentada uma reclamação, por um encarregado de educação, segundo a qual não teria sido concedido ao seu educando subsídio escolar, para o ano lectivo de 2003/2004.

2. Alegava a Administração Educativa, invocando o “Guião para análise e tratamento de boletim de candidatura a subsídios de estudo” para o ano escolar 2003/2004, que a situação económica do agregado familiar tinha sido correctamente avaliada.

3. Para efeitos de candidatura a subsídio, foi considerado pela DREN no cálculo da capitação o valor de 38 422,04 € para o rendimento bruto, invocando-se a aplicação do referido “Guião” e de acordo com o valor inscrito no Modelo 3, Anexo B, da Declaração de IRS, no campo 20.

4. Analisada a documentação, concluiu-se ser este entendimento manifestamente ilegal e injusto, face ao disposto no art. 28.º, n.º 2 do CIRS.

5. Assim, estabelecia então o referido preceito que “ficam abrangidos pelo regime simplificado os sujeitos passivos que não tendo adoptado o regime de contabilidade organizada, não tenham ultrapassado na sua actividade no período de tributação anterior o volume de vendas de 149.739,37 € e ou o valor líquido dos restantes rendimentos desta categoria de 99.759,58 €”.

6. O encarregado de educação, comerciante, não tinha adoptado o regime de contabilidade organizada nem ultrapassado qualquer dos limites indicados, pelo que ficaria abrangido pelo citado regime simplificado.

7. Nestes termos, presume a lei (art. 31 do CIRS), em termos inilidíveis, que a contribuinte carece de 80% do total das vendas para custear a sua actividade, desde logo para a aquisição das mercadorias que transacciona.

8. O referido “Guião”, nas instruções para análise das declarações de rendimentos da categoria B, não contemplava as especificações resultantes da existência do regime simplificado de tributação, desde logo presumindo como rendimento o total das vendas de produtos, sem considerar o mínimo gasto na sua prévia aquisição.

9. Sugeriu-se à DREN que reconsiderasse a atitude assumida, em concreto, concomitantemente dando-se conta ao Secretário de Estado da Administração Educativa da situação e sugerindo a alteração do “Guião”.

10. A DREN entendeu que o indeferimento da pretensão assentava, não só no modo como tinha calculado a capitação, como também em factos que indiciavam a boa condição económica do agregado familiar, especificando o facto de o encarregado de educação ser empresário em nome individual, o de possuir um minimercado, beneficiar dos serviços de um contabilista e ter um outro filho a frequentar instituição de ensino superior privado.

11. Fez-se notar à DREN que, nada sendo dito que contrariasse os argumentos expostos a respeito da necessidade de reduzir a 20% o rendimento anteriormente considerado, não se podia aceitar como idóneos os critérios indiciários invocados.

12. Assim, a qualidade de comerciante ou a propriedade de um minimercado não são em si mesmo factores que possam criar a ideia de suficiência económica, tão pouco o podendo ser a contratação de um contabilista ou a colocação de um filho em escola do ensino superior privado, eventualmente por não ter conseguido aceder ao sistema público, sendo estes dois últimos aspectos um custo e não um rendimento.

13. Indicou-se, assim, que se aceitaria um raciocínio semelhante para presumir a desnecessidade de apoio económico, desde que assente em factos aptos a tal, como a qualidade da habitação, dos veículos automóveis possuídos, da exteriorização de riqueza no modo de vida (tipo de férias, roupa usada, etc.).

14. O Secretário de Estado da Administração Educativa, entretanto, concordou com a alteração do “Guião”, assumindo a compatibilização com o regime simplificado, determinando que a DREN modificasse a decisão em conformidade.

15. Posteriormente comunicou a DREN ter pago o subsídio em causa ao encarregado de educação.

Assunto: Estrangeiros; Autorização de permanência; Prorrogação.

Objecto: Indeferimento de pedido de prorrogação de autorização de permanência, com base em situação de desemprego involuntário.

Decisão: Queixa provida. Proposta aceite pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

Síntese:

1. Foi apresentada uma exposição nos termos da qual se dava conta do indeferimento liminar dos pedidos de prorrogação das autorizações de permanência na titularidade de dois cidadãos estrangeiros, com base na inexistência, à data da apresentação dos mesmos, de relação laboral subordinada.

2. Esta posição tinha sido tomada pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, não obstante terem os interessados oportunamente entregue documentação que, de forma inequívoca, atestava a involuntariedade da situação de desemprego em que se encontravam, consubstanciada na sua inscrição no centro de emprego local, estando então a ser apreciada pela segurança social a concessão do subsídio devido neste tipo de situações.

3. Consultados os serviços regionais da entidade pública em causa, veio a ser confirmada, em abstracto, a linha de conduta que tinha ditado a factualidade traçada nos moldes que antecedem, fundada na existência de orientação interna, nos termos da qual, em qualquer situação de desemprego (voluntário; involuntário/comprovado ou não), seria necessariamente indeferido o pedido de prorrogação de autorização de permanência apresentado com base na mesma.

4. Entendeu o Provedor de Justiça endereçar ao Director-Geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras uma comunicação, nos termos da qual se chamava a atenção para a pertinência, em uma lógica de reforço da integração da população imigrante no nosso país, de, em situações de desemprego involuntário e estando a decorrer o prazo de concessão de subsídio de desemprego ou estando aquele efectivamente a ser já recebido, por imperativo legal manifestando o beneficiário disponibilidade permanente para nova ocupa-

ção e qualificação, poder vir a ser prorrogada a permanência nos moldes reclamados.

5. Em resposta à posição adoptada nos termos que antecedem, veio o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras a reconhecer o mérito do deferimento dos pedidos em causa.

R-220/04

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Magistratura; Impedimentos.

Objecto: Proibições contidas no Estatuto dos Magistrados Judiciais quanto ao exercício de funções em tribunal que abranja comarca onde o cônjuge exerça a advocacia.

Decisão: Reclamação não provida.

Síntese:

Foi dirigida ao Provedor de Justiça uma queixa através da qual se contestava o teor do art. 7.º, alínea c), do Estatuto dos Magistrados Judiciais, na redacção que resultou da entrada em vigor da Lei n.º 143/99, de 31 de Agosto, e que veda aos magistrados judiciais exercer funções em tribunais de 1.ª instância, quando na sede da respectiva comarca, excepto nas de Lisboa e do Porto, tenha escritório de advocacia designadamente o respectivo cônjuge ou pessoa com quem viva em união de facto.

Foi dito ao reclamante que não terá sido objectivo do legislador, com a aprovação da regra em causa, traduzir implicitamente um “juízo genérico de mente corruptível ou influenciável” da Magistratura Judicial, como afirmava aquele na queixa, antes terá visado o legislador precisamente impedir que esse tipo de juízo venha a ser sequer equacionado pelos utentes do serviço em apreço.

Não basta, assim, para o legislador, que os juízes sejam efectivamente isentos e independentes. É necessário mostrar aos cidadãos, muito particularmente aos utilizadores dos serviços em causa, que assim é, através de expedientes, como o que está aqui em discussão, que permitam que o raciocínio que possa levar a uma suspeição do tipo acima enunciado não ocorra sequer.

Naturalmente que o mecanismo gizado pelo legislador na norma em apreço é menos vocacionado para os círculos judiciais de grande dimensão, como Lisboa e Porto, ao ponto de poderem ser excluídos da mesma, e mais para os círculos judiciais mais pequenos do que aqueles. Enquanto que, nos círculos de Lisboa e do Porto, o número elevado de tribunais e de magistrados de alguma forma esbaterá as preocupações tidas em consideração pelo legislador na ponderação da norma em causa, nos círculos judiciais mais pequenos o tipo de raciocínio de suspeição que o legislador pretendeu evitar com a norma terá, ainda assim, potencialidades muito distintas das verificáveis em Lisboa e Porto, sendo provável que o fenómeno ocorra naqueles círculos mais pequenos em proporções muito mais significativas. Daí não ser censurável, ao contrário do que se invocava na queixa, a distinção feita, a este nível, pela norma em apreço.

R-1231/04

Assessor: João Batista

Assunto: Estrangeiros; Autorização de permanência; Prorrogação.

Objecto: Indeferimento de pedido de prorrogação de autorização de permanência, com base na caducidade do direito de permanência por atraso na apresentação daquele.

Decisão: Queixa provida. Proposta aceite pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

Síntese:

1. Foi apresentada uma exposição, nos termos da qual se dava conta do atraso verificado na apreciação, por parte do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, de pedido de prorrogação de autorização de permanência, na titularidade de cidadão moldavo.

2. Contactada a direcção regional da área de residência do interessado, constatou-se que o processo aberto em nome daquele encontrava-se em fase de instrução, afigurando-se então remotas as possibilidades do seu deferimento, uma vez que teria caducado o direito de permanência invocado para o efeito, nos termos decorrentes da aplicação do artigo 53.º, n.º 8, alínea b) 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.

3. Na verdade, de acordo com as informações recolhidas junto do exponente, assim como através dos contactos estabelecidos com o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, verificou-se que o cidadão estrangeiro em causa havia formulado o pedido em apreço, mais de 60 dias volvidos sobre o termo da validade do título a prorrogar, caducando assim, à partida, o direito de permanência na sua titularidade.

4. Todavia, ainda de acordo com o alegado, teria o mesmo intempestivamente apresentado a sua pretensão, em virtude da aplicação de medida de coacção, privativa da liberdade – prisão preventiva - não tendo assim podido, em tempo útil, proceder à renovação daquele título, uma vez que apenas veio a ser libertado após a realização de julgamento, no qual veio a ser absolvido, tendo, entretanto, perdido o vínculo laboral existente à data da sua detenção.

5. Vínculo esse que, enquanto condição *sine qua non* para o deferimento do pedido de prorrogação a apresentar, apenas veio a ser estabelecido meses após a sua libertação.

6. Nestes termos, considerando as circunstâncias particularmente enformadoras da problemática em apreço, entendeu o Provedor de Justiça chamar a atenção do SEF para a justiça do deferimento do pedido formulado.

7. Esta posição assentou na presunção de inocência de que gozam os presos preventivamente, presunção esta confirmada pela absolvição em sede de julgamento, na invocação do regime previsto no art. 92.º, 2, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 26 de Agosto, na sua redacção actual, aqui por maioria de razão, não devendo o interessado, já prejudicado pela aplicação de uma medida de prisão preventiva, em processo em que foi absolvido, sofrer um dano adicional, ao ver perdida a regularidade da sua permanência em Portugal.

8. Esta proposta foi aceite pelo SEF.

R-1940/04

Assessor: João Batista

Assunto: Estrangeiro; Admissão; Acesso ao Direito.

Objecto: Acesso a advogado por estrangeiro ouvido pelo SEF sobre a sua admissão em território nacional.

Decisão: Reclamação provida. Aceitação pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras do entendimento perfilhado pelo Provedor de Justiça.

Síntese:

1. Foi apresentada uma exposição subscrita pelo advogado de uma cidadã brasileira a quem foi recusada a entrada em Portugal, a propósito da demora na apreciação, por parte da Direcção Central de Fronteiras do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, do recurso por aquele interposto, no seguimento daquela decisão desfavorável.

2. Consultado este serviço público, foi superado o atraso verificado, com prolação da decisão.

3. No decurso da análise da documentação remetida a este respeito, veio a ser suscitada a questão relativamente à presença de mandatário ou de defensor officioso na audição de cidadão estrangeiro, prévia à decisão então contestada.

4. Esta presença era assumida pelo SEF como não sendo obrigatória, à luz do artigo 24.º 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.

5. Na verdade, de acordo com a argumentação concretamente aduzida pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, tal possibilidade apenas surgia legalmente consagrada, conforme o estatuído no n.º 2 do artigo 24.º do mesmo diploma, após a decisão de recusa de entrada, aquando da notificação do cidadão estrangeiro visado.

6. Tendo sido formalmente ultrapassada a situação de atraso trazida ao conhecimento deste órgão do Estado, considerou-se, no entanto, oportuno, face à posição assumida nos termos que antecedem, o envio de sugestão, dirigida à Directora Central de Fronteiras, assente na necessidade de criação de condições materiais que permitissem aos cidadãos estrangeiros, que vissem ser recusada a sua entrada em território português, exercer, querendo, o direito a apoio jurídico especializado, por advogado.

7. Entendeu-se que o exercício deste direito se devia efectivar, desde logo, no momento da audição, durante a qual se prestam as declarações e se estabelecem os factos pertinentes para uma decisão potencialmente sempre lesiva de direitos e interesses do particular estrangeiro.

8. Em resposta ao entendimento assumido, nos termos que antecedem, veio o Director-Geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras a comunicar a adopção de orientação interna, dando resposta satisfatória às considerações tecidas sobre esta matéria.

R-2292/04

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Autarquia; Informação; Imparcialidade.

Objecto: Participação da oposição nos espaços de informação autárquica.

Decisão: Chamada de atenção à entidade visada, reforçando o entendimento da AACS, sobre o assunto.

Síntese:

Foi apresentada, ao Provedor de Justiça, uma exposição contestando o entendimento do Presidente da Câmara Municipal do Barreiro no sentido de não serem aplicáveis, ao boletim autárquico, as regras da Lei da Imprensa, designadamente as referentes ao direito de resposta e de rectificação.

Invocando-se as decisões e orientações da Alta Autoridade para a Comunicação Social sobre a matéria, designadamente a Directiva de 17 de Março de 1999, a Deliberação de 8 de Novembro de 2000 e a Informação de 4 de Setembro de 2002, relativa à aplicação da Directiva de 17 de Março de 1999 aos boletins autárquicos divulgados através da *Internet*, chamou-se a atenção do Presidente da Câmara Municipal do Barreiro para a conveniência de esta câmara municipal aplicar, aos seus boletins autárquicos, as orientações da Alta Autoridade para a Comunicação Social a propósito da matéria, e consequentemente permitir o exercício, no âmbito dos boletins autárquicos, designadamente dos direitos de resposta e de rectificação, criar um espaço, nos referidos boletins, que se considere adequado para a oposição poder divulgar as suas iniciativas, opiniões, etc., e aplicar as referidas orientações ao mesmo tipo de informação da câmara municipal constante dos boletins, quando veiculada através da *Internet*.

Solicitou-se, ainda, à Associação Nacional de Municípios Portugueses a divulgação, pelos municípios associados, da posição em causa.

Assunto: Prisão; Horário.

Objecto: Regime de funcionamento do Estabelecimento Prisional de Sintra, com abertura, em dias alternados, de dois pavilhões da mesma ala, de manhã ou de tarde.

Decisão: Queixa provida, com apresentação de proposta correctiva ao EP, a qual foi aceite.

Síntese:

1. Foi apresentada ao Provedor de Justiça uma queixa, na mesma se referindo que o regime de funcionamento dos dois pavilhões da ala A do Estabelecimento Prisional de Sintra, que tinha entrado em vigor em Março de 2004, implicava o encerramento dos reclusos nas suas celas por 24 horas, já que cada pavilhão estava fechado, alternadamente, nos períodos da manhã e da tarde, sendo, durante o período de fecho, as refeições tomadas na respectiva cela.

2. Observado o regime em causa e o período diário de alternância entre os dois pavilhões da referida ala, no ciclo de abertura manhã-tarde-manhã verificou-se que os reclusos que estavam na fase manhã-tarde eram encerrados às 13h30 de um dia e abertos apenas às 14h00 do dia seguinte, tudo perfazendo um total de 24h30 de encerramento contínuo, agravado com a toma nas respectivas celas de 3 refeições seguidas (jantar, pequeno-almoço e almoço), com prejuízo para as condições de higiene. Os mesmos reclusos, na fase seguinte do ciclo, estavam encerrados menos tempo, ou seja, entre as 18h30 e as 7h45, num total de 13h15.

3. Face a esta situação, entendeu o Provedor de Justiça que, em termos das condições mínimas de cumprimento de pena, era manifestamente excessivo um intervalo de mais de 24h de encerramento, tendo proposto, mantendo-se os objectivos da regulamentação em causa e a abertura alternada, bem como os horários estabelecidos, que se modificasse contudo a periodicidade da sua alternância, passando de diária a semanal ou quinzenal.

Significava tal sugestão que, no mesmo período de referência (semana ou quinzena), os mesmos reclusos beneficiariam da abertura sempre de manhã

ou sempre de tarde, sendo o intervalo entre o fecho e a abertura, de 19h15, naqueles da manhã e, de 19h30, nos da tarde.

Este regime sugerido traria vantagens ao nível da higiene nas celas, com a toma na cela de apenas uma refeição principal e não duas, bem como ajudaria a ultrapassar as desvantagens que ainda comportaria, pois, ao invés de ocorrerem de 48h em 48h, elas passariam a afectar os mesmos reclusos apenas quinzenalmente (adoptando a rotação semanal, esta com benefício acrescido de acordo com as preferências quanto à manhã ou tarde como período de recreio) ou mensalmente (adoptando a rotação quinzenal), ambas representando um ganho notável e uma situação mais facilmente superável, além de nada acrescentarem à carga de trabalho para o pessoal de vigilância ou rotinas instaladas.

4. A sugestão de alteração do regime foi aceite, vindo a ser adoptado o regime sugerido de rotação semanal.

R-2626/04

Assessor: Genoveva Lagido

Assunto: Educação. Laicidade do Estado.

Objecto: Realização de festa de final de ano lectivo, em jardim-de-infância da rede pública, com rito religioso, a realizar em templo católico.

Decisão: Reclamação provida, sendo acatada a orientação do Provedor de Justiça.

Síntese:

1. Foi apresentada uma reclamação ao Provedor de Justiça na qual se relatava o facto de um jardim-de-infância da rede pública se propor realizar uma festa de final de ano lectivo na igreja matriz local, integrando tal evento a entrega de diplomas, após a respectiva benção, às crianças que transitavam para o 1.º ciclo do ensino básico. Mais se alegava, estar a ser empregue o tempo de actividades escolares para ensaios de cânticos de cariz religioso, em ordem à preparação da referida festa.

2. Em resposta a pedido de esclarecimentos feito pela Provedoria de Justiça, veio o Presidente do Agrupamento de Escolas em causa informar que

a actividade em questão se encontrava inscrita no plano de actividades aprovado no início do ano lectivo pela comunidade educativa e que do programa respectivo constava a entrega de diplomas aos alunos “finalistas”, após benção dos mesmos, na referida igreja matriz, sem a realização de missa, seguindo-se um almoço convívio no jardim-de-infância, para todos os pais e crianças do estabelecimento. Mais informou que os ensaios se destinavam apenas às crianças “finalistas”, integradas nas actividades lectivas e que tinham a duração de 10 minutos por dia, 3 vezes por semana.

3. Em face desta resposta, o Provedor de Justiça chamou a atenção da entidade visada para os princípios jurídicos que impediam a possibilidade de se confundir um acto próprio da escola pública, que a todos os alunos deve envolver, com ritos e locais próprios de religião porventura não professada por todos.

4. Assim, não se querendo todavia privar os alunos católicos da livre profissão da sua fé, mas também entendendo que não seria sequer lícito organizar duas cerimónias, pelo efeito perverso que tal poderia ter nas crianças que fossem afastadas da celebração maioritária, sugeriu-se que não fossem entregues quaisquer diplomas na cerimónia religiosa, antes sendo os mesmos distribuídos, de modo igual, a todas as crianças durante o almoço que estava anunciado.

5. Foi ainda recomendado que, no que se refere aos ensaios dos cânticos religiosos, apenas participassem nos mesmos as crianças cujos pais tivessem dado para o efeito o seu expresso consentimento.

6. Estas sugestões foram prontamente acatadas e executadas, sendo de notar que a reclamação deu entrada na Provedoria de Justiça quatro dias úteis antes daquele para que estava marcada e em que se realizou a festa de fim de ano escolar.

R-3099/04

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Acesso ao direito; Concessão de apoio judiciário; Nomeação de defensor.

Objecto: Análise de algumas modificações introduzidas no apoio judiciário pela Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho.

Decisão: Queixa improcedente.

Síntese:

1. Um advogado queixou-se ao Provedor de Justiça contra o alegado desaparecimento da possibilidade legal de, em processo penal, o arguido beneficiário de apoio judiciário poder escolher o seu defensor.

2. Apesar de não constar da nova legislação sobre o regime de acesso ao direito e aos tribunais, a Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, uma norma com o teor da que constava do art. 50.º da Lei n.º 30-E/2000, de 20 de Dezembro, por aquela revogada – e onde se estabelecia expressamente ser atendível a indicação, pelo requerente do pedido de apoio judiciário, de um determinado advogado, quando este declarasse aceitar a prestação dos serviços requeridos, nos limites das normas regulamentares da Ordem dos Advogados –, ao abrigo da nova lei, e em processo penal, o arguido requerente de apoio judiciário na modalidade de nomeação e pagamento de honorários de patrono, continua a poder escolher um advogado concreto para ser nomeado seu defensor num determinado processo.

3. De facto, resulta da Lei n.º 34/2004 que, se o arguido requerer a concessão de apoio judiciário na modalidade referida, pode *“neste caso escolher (um defensor) de acordo com as disponibilidades de patrocínio a assegurar em regulamento aprovado pela Ordem dos Advogados”*, e que *“a autoridade judiciária a quem incumbir a nomeação disponibiliza ao arguido listas de advogados para efeitos da escolha de defensor”*, listas estas elaboradas nos termos do mencionado regulamento da Ordem.

4. Segundo informação disponível na página de *Internet* da Ordem dos Advogados, as listas em causa serão elaboradas a partir de candidaturas de advogados que se disponham voluntariamente a integrá-las, embora todos os advogados fiquem obrigados a colaborar no serviço prestado pela Ordem no âmbito do apoio judiciário, na medida em que os advogados voluntários não sejam em número suficiente para se assegurar a prestação do referido serviço.

5. Pretendeu-se com a aprovação das novas regras de alguma forma controlar o sistema que envolve a nomeação de patrono no âmbito do apoio judiciário, de modo a evitar-se a existência de sistemas paralelos que, em última análise, redundassem em angariação de clientela por via do sistema de apoio judiciário – com a nova lei, o advogado pertencente à lista dos voluntários tem a possibilidade de aceitar indicações de arguidos para a sua nomeação em concreto, mas está também vinculado, à partida, a aceitar todas as outras nomea-

ções que lhe forem feitas no âmbito do mesmo sistema, bem como a cumprir as restantes obrigações decorrentes da integração nesse serviço.

6. A solução ora aprovada tem a vantagem não só de instituir um regime de voluntariado, sempre mais eficaz, atenta a predisposição das pessoas que se inscrevem para a realização do trabalho em apreço, como a de reorganizar o sistema num sentido que permitirá uma concretização do serviço de apoio judiciário mais aproximada aos verdadeiros fins que lhe estão subjacentes.

7. Com os fundamentos referidos, considerou-se não ser justificada a reclamação.

R-3614/04

Assessor: João Batista

Assunto: Estrangeiro; Emprego; Inscrição.

Objecto: Não aceitação de candidatura a programa ocupacional para carenciados. Indeferimento de pedido de inscrição em centro de emprego.

Decisão: Foi declarada pelos serviços competentes a possibilidade de inscrição de estrangeiro em centro de emprego, mesmo quando esteja ainda pendente a concessão de prorrogação de permanência, entretanto já caducada.

Síntese:

1. Foi apresentada uma exposição, subscrita no interesse de cidadão ucraniano, nos termos da qual se alegava que, tendo o mesmo sido encaminhado por centro de emprego para programa ocupacional para carenciados, em curso em determinada junta de freguesia, tinha vindo a ser comunicada a não aceitação da sua candidatura, alegadamente com base no facto de, à data, se encontrar pendente, no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e em nome do candidato, pedido de prorrogação de autorização de permanência, estando esta já caducada.

2. Ainda de acordo com as informações prestadas, teria sido também essa a razão aduzida para a não aceitação da inscrição daquele cidadão estrangeiro, na bolsa de emprego existente naquele centro de emprego.

3. Consultadas, simultaneamente, as entidades públicas acima visadas, foi a Provedoria de Justiça informada, relativamente à posição assumida

por aquela autarquia local, que a mesma radicava no facto de o interessado não reunir as condições físicas necessárias para o cabal desempenho das funções em causa no programa ocupacional em apreço. Mais esclareceu o órgão autárquico consultado, que o candidato em causa não dispunha de qualquer comprovativo da regularidade da sua permanência em território português, designadamente, recibo comprovativo da pendência de pedido de renovação do título legal na posse daquele, considerado bastante para o efeito.

4. Consultado, entretanto, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, foi por esta entidade pública confirmada a inexistência de processo de prorrogação da permanência, pendente em nome do cidadão estrangeiro em causa, o que foi reconhecido como correspondendo à verdade pelo terceiro que tinha reclamado no interesse daquele.

5. Por sua vez, em resposta ao pedido de esclarecimentos remetido ao centro de emprego em causa, veio o Presidente da Comissão Executiva do Instituto de Emprego e Formação Profissional a informar que, atendendo à gravidade da situação em que se encontrava o interessado, e não obstante não se encontrar pendente qualquer pedido de prorrogação de autorização de permanência, tinha vindo a ser mantida a sua inscrição no centro de emprego em causa. Situação essa que levou a que continuassem a ser feitas diligências, tendo em vista a sua integração no mercado de trabalho, em termos que não se afiguraram merecedores da formulação de qualquer juízo de censura.

6. Mais esclareceu a mesma entidade ter a Delegação Regional de Lisboa e Vale do Tejo assumido, em nota de serviço, internamente dirigida aos centros de emprego da respectiva área de jurisdição, que os cidadãos estrangeiros não comunitários que, comprovadamente, tenham pendentes junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, processo de prorrogação de autorização de permanência, podem inscrever-se naqueles, desde que, naturalmente, preencham os demais requisitos, legalmente previstos para o efeito.

R-4031/04

Assessor: João Batista

Assunto: Estrangeiros; Autorização de residência; Concessão.

Objecto: Demora na apreciação de pedido de concessão de autorização de residência com dispensa de visto.

Decisão: Reclamação provida. Deferimento, em tempo útil, do pedido apresentado.

Síntese:

1. Foi apresentada uma exposição no interesse de um cidadão ucraniano, titular de visto de trabalho tipo IV (trabalho subordinado), nesta se afirmando que, não obstante ter sido tempestivamente apresentado, junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, pedido de concessão de autorização de residência, com dispensa de visto, com base na titularidade ininterrupta daquele título, por um prazo de 3 anos, não tinha aquela entidade vindo a dar resposta, em tempo útil, nem sequer após o pedido de urgência entretanto formulado.

2. De acordo com o alegado, radicava a urgência oportunamente invocada na impossibilidade objectiva de prorrogação do visto de trabalho em causa, atendendo aos limites temporais legalmente estabelecidos para o efeito, nos termos previstos no artigo 53.º, n.º 2, alínea e), 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.

3. Esta impossibilidade agravava-se pela proximidade da data de caducidade referida, ficando assim o requerente em uma situação de indefinição do seu estatuto, algo incongruente com a possibilidade de legalização juridicamente acolhida.

4. Exposta a situação junto da Direcção Regional em causa, traduzindo o resultado da apreciação feita nos moldes acima traçados, veio aquela entidade a deferir, em tempo útil, o pedido formulado pelo cidadão estrangeiro em causa.

R-4449/04

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação; poder paternal.

Objecto: Regularidade da actuação de escola pública na aceitação de transferência de aluno.

Decisão: Reclamação não provida, cabendo apenas aos tribunais a interpretação de acordo de regulação de poder paternal e a resolução dos conflitos da mesma emergentes.

Síntese:

1. Determinado cidadão dirigiu uma queixa ao Provedor de Justiça, queixando-se que a Escola Básica A tinha aceite a transferência do seu filho, anteriormente a frequentar a Escola Básica B, sem o seu consentimento.

Na verdade, muito embora, por divórcio, a criança tivesse ficado à guarda da mãe, o acordo de regulação do poder paternal estabelecia que todos os assuntos relacionados com a educação eram da responsabilidade comum de ambos os progenitores.

2. Ouvida a Escola A, informou esta que, após consulta da direcção regional de educação competente, tinha entendido não poder considerar como efectiva a matricula do aluno sem autorização do respectivo pai, em conformidade com o disposto no acordo de regulação do poder paternal em causa.

Assim, ficou o aluno provisoriamente admitido à frequência, consultando-se o tribunal competente sobre a clarificação da cláusula constante no acordo de regulação do poder paternal.

3. Considerou-se errada esta decisão, não cabendo à Administração resolver litígios entre particulares, neste caso dando ou não relevância a certa interpretação de determinada cláusula.

Não deveria, assim, ser recusado um pedido formulado pela pessoa que exerce o poder paternal e tem à sua guarda o menor, que com ela vive, tendo aqui inteira aplicação a presunção estabelecida no art. 1902.º, n.º 1, do Código Civil.

4. Embora também não coubesse ao Provedor de Justiça entrar na análise do litígio entre particulares, sempre se ponderou ao reclamante que o principal interesse a tutelar era indubitavelmente o do menor. Ora, distando as Escolas A e B cerca de 150 km, e estando motivada a transferência pela mudança de residência da mãe, que entendeu estabelecer-se na localidade onde se situa a Escola A, natural seria que a frequência escolar, obrigatória por lei, se efectuasse na mesma zona, sendo absurdo pensar-se na alternativa manutenção da inscrição numa escola situada a essa distância do lugar de residência.

Em relação à actuação da Escola A, contudo, entendeu nada ser de diligenciar, visto que a frequência mantinha-se, posto que provisória, e o assunto estava entregue ao tribunal competente.

5. O reclamante, em resposta a este entendimento, informou que iria ter em devida atenção o teor das considerações expendidas.

2.6.4. Pareceres

R-256/02

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Servidões militares.

1. Reporto-me ao processo acima identificado, aberto com base em queixa apresentada por V. Ex.^a a propósito do assunto referenciado em epígrafe, que tinha ficado pendente neste órgão do Estado, após o envio, a V. Ex.^a, do ofício, datado de 16 de Maio de 2002, apenas para análise, em abstracto, da eventual desconformidade à Constituição da República Portuguesa da norma contida no art. 5.º da Lei n.º 2078, de 11 de Julho de 1955, onde se pode ler que *“as servidões militares e as outras restrições de interesse militar ao direito de propriedade não dão direito a indemnização”*.

Concluído a referido estudo, importa, conforme oportunamente comunicado, dar conta a V. Ex.^a das respectivas conclusões.

2. A norma da Constituição que alegadamente estaria posta em crise pelo teor do preceito do diploma de 1955, acima identificado – em inconstitucionalidade que, a existir, seria qualificada como superveniente, verificando-se apenas a partir da entrada em vigor da Constituição de 1976 – é a que consta do art. 62.º da Lei Fundamental, na sua versão actual, que estabelecendo o direito à propriedade privada, refere designadamente que a expropriação por utilidade pública só pode ser efectuada com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

Entendendo-se que a indemnização a que se refere o legislador constituinte será devida quando ocorram actos lesivos do direito em causa, potenciadores de danos ao respectivo titular, aliás na decorrência do próprio princípio do Estado de direito democrático a que respeita o art. 2.º do texto constitucional, será de considerar como podendo incluir-se nos actos lesivos em referência as denominadas servidões administrativas.



Isto mesmo foi concretizado pelo legislador no art. 8.º do actual Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro. De facto, e após determinar, como princípio geral, a possibilidade de constituição, sobre os imóveis, de servidões necessárias à realização de fins de interesse público (n.º 1), estabelece o referido preceito que as servidões, resultantes ou não de expropriações, dão lugar a indemnização em três situações (cf. n.º 2):

- a) quando inviabilizem a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente;
- b) quando inviabilizem qualquer utilização do bem, nos casos em que estes não estejam a ser utilizados;
- c) quando anulem completamente o seu valor económico.

Acrescenta o legislador que é aplicável à constituição das servidões e à determinação da indemnização o disposto no Código, naturalmente ressalvando o estabelecido em legislação especial (n.º 3 da norma citada).

A alteração legislativa mencionada teve como causa próxima a declaração pelo Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma constante do art. 8.º, n.º 2, do anterior Código das Expropriações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 438/91, de 9 de Novembro, que estabelecia que “*as servidões fixadas directamente na lei não dão direito a indemnização, salvo se a própria lei determinar o contrário*”, por violação dos arts. 13.º, n.º 1, referente ao princípio da igualdade, e 62.º, n.º 2, da Constituição, acima mencionado ²³⁴.

Tendo a mencionada norma sido declarada inconstitucional “*na medida em que não permite que haja indemnização pelas servidões fixadas directamente pela lei que incidam sobre parte sobrança do prédio expropriado, no âmbito de expropriação parcial, desde que a mesma parcela já tivesse, anteriormente ao processo expropriativo, capacidade edificativa*” (situação que estava em causa nos autos), e tendo o legislador manifestamente extravasado, na concepção do actual art. 8.º do Código das Expropriações, o alcance daquela decisão do Tribunal Constitucional, parece ter sido intenção

²³⁴ Através do Acórdão n.º 331/99, de 2 de Junho, publicado no Diário da República, I série-A, de 14 de Julho de 1999.

deste mesmo legislador, ao aprovar a referida norma, arredar da ordem jurídica portuguesa eventuais disposições, mesmo especiais, que afastassem, à partida, a indemnização pela constituição de servidões, como parece, à primeira vista, acontecer com o art. 5.º da Lei n.º 2078.

Assim sendo, entendendo-se que a intenção do legislador foi inequivocamente essa, terão de considerar-se como derogadas, isto é, parcialmente revogadas, as normas que disponham de outra forma. Consequentemente, teria de considerar-se, nesta perspectiva, derogado o art. 5.º da Lei n.º 2078, aplicando-se às servidões militares, quanto à matéria em discussão, o referido art. 8.º do Código das Expropriações, a partir da entrada em vigor deste.

Deste modo, a legislação aplicável às servidões militares seria a resultante daquele art. 8.º do Código das Expropriações – e do restante Código, na parte respeitante ao cálculo da indemnização –, ficando a constituição das servidões em causa a cargo de legislação especial ainda hoje vigente, a saber a Lei n.º 2078, o Decreto-Lei n.º 45 986, de 22 de Outubro de 1964, e os diplomas instituidores de cada uma das servidões militares em concreto.

Não será no entanto, em meu entender, necessário enveredar por tal caminho no que toca às servidões militares.

3. Atente-se, antes de mais, no conteúdo das restrições ao direito de propriedade impostas pela legislação que enquadra as servidões militares, acima identificada.

As servidões em zonas confinantes com organizações ou instalações afectas à realização de operações militares, a que alude o art. 8.º da Lei n.º 2078, compreendem, se se tratar de uma servidão geral, a proibição de executar, *sem licença da autoridade militar competente*, os trabalhos e actividades definidos no art. 9.º do diploma, e se se tratar de uma servidão particular, a proibição de executar, *sem licença da autoridade militar competente*, aqueles dos referidos trabalhos e actividades que forem especificados no Decreto que instituir a servidão militar em concreto, de acordo com as exigências próprias da instalação ou organização específica que deu azo à servidão em causa (art. 10.º da mesma Lei).

Por exemplo, no diploma que instituiu a zona de protecção em volta do aeródromo de Sintra, o Decreto n.º 42 245, de 1 de Maio de 1959, diz-se que na primeira zona de protecção definida no art. 2.º do diploma, é proibida, *sem autorização prévia da autoridade militar competente*, a execução dos trabalhos e actividade definidos no art. 3.º. Quanto à segunda zona de protecção,

definida no mesmo art. 2.º, afirma o legislador, no art. 4.º, que são permitidas as construções isoladas e outros trabalhos que não infrinjam o disposto no art. 6.º do Decreto, sendo no entanto proibidos, *sem autorização prévia da autoridade militar competente*, os trabalhos e actividades elencados no mesmo preceito n.º 4.

Quanto à existência ou construção de eventuais obstáculos dentro da área de desobstrução, estabelecem-se, no art. 6.º, cotas máximas de altura para os mesmos, e diz-se que a construção de edifícios ou de outros obstáculos que não excedam essas cotas não carece de autorização prévia da autoridade militar competente (art. 8.º), a menos que esteja abrangida pelo disposto nos acima mencionados arts. 3.º e 4.º do Decreto, ou nas situações mencionadas na parte final do art. 8.º, *caso em que essa autorização se revela necessária*.

O Decreto fala ainda, nos arts. 9.º e 10.º, de restrições respeitantes à construção e execução de outros trabalhos dentro da área de desobstrução, proibindo estas actividades *sem a sua aprovação prévia por parte da autoridade militar competente*.

A Lei n.º 2078 impõe igualmente, no respectivo art. 13.º, a proibição de executar, nas zonas de segurança, definidas no art. 12.º, *sem licença da autoridade militar competente*, os trabalhos e actividades definidos em cada Decreto instituidor de servidões militares, taxativamente elencados no preceito, e a sujeição ao regime estabelecido pela Lei das servidões em zonas confinantes com organizações ou instalações não militares, mas de interesse para a defesa nacional, e ainda das restrições transitórias ao direito de propriedade relativas a áreas integradas em planos de operações militares (cf. arts. 15.º e 16.º).

4. Do que fica acima dito, conclui-se que as restrições impostas ao direito de propriedade (pelo estabelecimento de servidões militares), decorrentes directamente da lei, se circunscrevem à necessidade de obtenção de uma licença ou autorização da autoridade militar competente para a execução de construções ou de outros trabalhos ou actividades nas áreas em causa – normalmente as obras de simples conservação, reparação ou modificação interior dos edifícios, que não envolvam alteração das suas dimensões ou da sua configuração exterior, estão excluídas dessa imposição (cf. designadamente art. 7.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 45 986, de 22 de Outubro de 1964).

Isto é, não resultarão directamente da legislação em referência restrições ao direito de propriedade que, à partida e de forma imediata, dêem lugar,

nos termos da lei, designadamente do Código das Expropriações, em concretização do preceito constitucional que impõe a justa indemnização, ao pagamento desta indemnização.

De facto, não decorre directamente da referida legislação qualquer restrição ao direito de propriedade privada passível, desde logo, de ser incluída nalguma das situações a que alude o art. 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, a saber, a inviabilização da utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente, a inviabilização de qualquer utilização do bem, nos casos em que estes não estejam a ser utilizados, ou a anulação completa do seu valor económico.

É certo que a mesma legislação impõe ao proprietário de um bem situado numa das zonas protegidas o ónus de requerer, à entidade militar competente, a obtenção de uma licença ou de uma autorização – que acresce à licença a requerer, pelo particular, à câmara municipal, tendo em vista a realização de obras, no âmbito do regime jurídico de urbanização e edificação –, para a execução dos trabalhos, incluindo construções, e outras actividades identificados nos diplomas em discussão.

Também é verdade, no entanto, que nem todas as limitações ao direito de propriedade darão lugar ao pagamento de uma indemnização, de que são exemplo as acima referidas licenças de construção, e mesmo as autorizações para a construção, nas situações excepcionais previstas na lei, nas áreas inseridas nas Reservas Agrícola e Ecológica Nacionais – a este propósito, refira-se que, ao contrário do que sucede nas servidões militares, é proibida, à partida, tendo em conta a vocação natural dos solos em causa, a construção naquelas áreas, sem que tal proibição dê lugar ao pagamento de qualquer indemnização aos proprietários dos terrenos nas mesmas inseridos.

Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira²³⁵, *“teoricamente o direito de propriedade abrange pelo menos quatro componentes: a) o direito de adquirir bens; b) o direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário; c) o direito de os transmitir; d) o direito de não ser privado deles. (...) A Constituição não menciona expressamente, entre os componentes do direito de propriedade, a liberdade de uso e fruição. Todavia, mesmo que se entenda que ele integra naturalmente o direito de propriedade, fácil é verifi-*

²³⁵ “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª edição revista, 1993, pp. 332 e 333.

car que são grandes os limites constitucionais, especialmente em matéria de meios de produção – que vão desde o dever de uso (...) até ao seu condicionamento (...) –, podendo a lei estabelecer restrições maiores ou menores, credenciada nos princípios gerais da Constituição (...). (...) Limites particularmente intensos a este aspecto do direito de propriedade são os que ocorrem no domínio urbanístico e do ordenamento do território, a ponto de se questionar se o direito de propriedade inclui o direito de construir – jus aedificandi – ou se este radica antes no acto administrativo autorizativo (licença de construção)”.

Conforme se pode ler no Acórdão do Tribunal Constitucional 138/03, de 18 de Março de 2003 ²³⁶, *“ainda que o ius aedificandi deva ser perspectivado como um dos factores de fixação do valor dos prédios, daí não decorre a inconstitucionalidade, por ofensa ao direito de propriedade, de toda e qualquer norma que estabeleça uma diminuição, para os particulares, da utilitas rei. (...) Com efeito, a vinculação social do direito de propriedade (e, para quem o entenda constitucionalmente consagrado, o “princípio da vinculação situacional da propriedade do solo”) pode justificar a existência de limitações, restrições e mesmo proibições de utilização do solo – isto independentemente de saber em que casos daí deva decorrer uma indemnização (...)”.*

5. Naturalmente que este dever de indemnizar, no caso das servidões militares, poderá verificar-se concretamente, se a instituição em concreto de uma servidão militar levar à verificação, também em concreto, de uma das situações a que se reporta o art. 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, isto é, se após a promoção das diligências apontadas na lei – pedido de licenciamento ou autorização à entidade militar competente para a efectivação de um determinado projecto concreto no imóvel concreto onerado com a servidão –, vier a verificar-se que a referida servidão é passível, nos termos da lei, designadamente do art. 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, de ser indemnizada.

Conforme acima afluado, essa possibilidade só poderá todavia ser analisada em concreto, na posse dos elementos específicos de cada caso concreto. Repare V. Ex.^a que diferentes projectos relativos a dois imóveis situados na mesma área protegida, ou mesmo projectos idênticos para dois terrenos

²³⁶ Proferido no âmbito do processo n.º 620/02.

situados em locais diferentes de uma mesma área protegida, poderão levar a decisões distintas, já que os referidos projectos, consoante as respectivas características e a localização exacta dos imóveis, poderão ter implicações e impactos distintos relativamente a essa área protegida.

Neste sentido, pode ler-se, por exemplo num Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 4 de Julho de 2002 ²³⁷, que “*sendo possível o licenciamento dentro das áreas abrangidas pela servidão militar, o que se assume como mera decorrência da discricionariedade do poder de licenciar, é inquestionável que o elemento localização do empreendimento a licenciar é essencial para aferir da eventual apreciação discriminatória de cada um deles*”.

6. Assim sendo, e numa interpretação conforme à Constituição, terá de retirar-se do teor do art. 5.º da Lei n.º 2078, objecto da presente análise, que as limitações ou restrições ao direito de propriedade, tal como decorrem da legislação que estabelece o regime das servidões militares e de cada servidão militar em concreto – circunscritas à ordem dada pelo legislador de, previamente à execução de quaisquer trabalhos, incluindo construções, e actividades nas áreas protegidas, ser obtida para o efeito, pelo proprietário do terreno onerado com a servidão, uma licença ou autorização, por razões que se prendem com a segurança das pessoas e bens e o desempenho das missões das forças armadas –, não darão, apenas por motivo dessa imposição, lugar a qualquer indemnização, sendo certo que esta indemnização poderá ser devida, nos termos acima explicitados, analisada a situação de um imóvel concreto onerado com uma servidão concreta.

Aliás, repare V. Ex.^a que o teor aparentemente peremptório do referido preceito legal acaba por ser condicionado quando, mais à frente, a própria lei prevê o pagamento de uma indemnização para a situação em que, em caso de guerra ou na iminência dela, se tal se revelar imperioso e for determinado pela autoridade militar competente, os proprietários ou usufrutuários se vejam obrigados a demolir ou destruir construções, culturas, arborizações ou outros trabalhos já existentes nas zonas sujeitas a servidões militares ao tempo da sua constituição ou posteriormente autorizadas. Essa indemnização é também prevista para as situações em que estariam em curso, à data da constituição ou modificação de uma servidão militar, trabalhos nela abrangidos mas antes não

²³⁷ Proferido no âmbito do recurso n.º 48133.



Pareceres

proibidos, e a autoridade militar competente não autorizar a sua continuação (cf. arts. 18.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 2078).

Também por exemplo o Decreto n.º 42 245, acima mencionado, que estabelece a zona de protecção em volta do aeródromo de Sintra, prevê, no seu art. 20.º, uma solução semelhante.

Note V. Ex.^a que as situações que, no âmbito dos referidos preceitos n.ºs 18.º e 20.º da Lei n.º 2078, e 20.º do Decreto n.º 42 245, darão directamente lugar a indemnização, incluem-se, logo à partida, numa das situações previstas no art. 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, muito particularmente na situação a que alude a respectiva alínea *a*).

7. Deste modo, e por tudo o que acima fica exposto, não me parece pertinente qualquer iniciativa junto do Tribunal Constitucional a propósito do teor do referido art. 5.º da Lei n.º 2078.

Fica aberta a possibilidade de, em concreto e perante aplicação da lei contrária ao entendimento acima assumido, o particular lesado poder, de acordo com as regras próprias, suscitar a inconstitucionalidade de tal entendimento e submetê-lo, caso não tenha ganho de causa, à censura do Tribunal Constitucional.

R-1482/02

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Estatuto dos Magistrados Judiciais. Nomeação dos juízes das Relações.

Na sequência da nossa comunicação, datada de 6 de Maio de 2002, na qual se dava conta de que iria averiguar-se, em abstracto, da conformidade, com a Constituição da República Portuguesa, das normas contestadas na queixa de V. Ex.^a, importa neste momento, e feita essa análise, esclarecer o seguinte.

Nos termos da legislação em vigor sobre a matéria – que de resto não sofreu alterações desde a apresentação da queixa de V. Ex.^a –, podem concorrer às vagas de juiz da Relação os 60 juízes de direito mais antigos de entre os classificados com muito bom ou bom com distinção (art. 47.º, n.º 1, do Esta-



tuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, na redacção que lhe foi dada pelo art. 1.º da Lei n.º 143/99, de 31 de Agosto).

Ao abrigo do n.º 2 do mesmo dispositivo legal, *“a graduação faz-se segundo o mérito relativo dos concorrentes, tomando-se em conta a classificação de serviço e a antiguidade”*.

Já no âmbito da distribuição de vagas, refere o art. 48.º do Estatuto, na redacção que lhe foi conferida desta feita pelo art. 1.º da Lei n.º 10/94, de 5 de Maio, que aquelas são preenchidas, na proporção de 2 para 1, por concorrentes classificados respectivamente com muito bom ou bom com distinção, preenchendo-se as duas primeiras vagas pelos concorrentes mais antigos classificados com muito bom, e a terceira pelo mais antigo classificado com bom com distinção (n.ºs 1 e 2).

Resulta do regime legal acima explicitado que a nomeação para juiz da Relação está dependente da aplicação conjugada de dois critérios, o do mérito e o da antiguidade, com prevalência indiscutível do critério do mérito.

De facto, antes de mais, o legislador determina que só poderão concorrer às vagas em causa os juízes com classificações de muito bom e bom com distinção. Assim sendo, a primeira grande escolha dos candidatos é feita ao nível do mérito. Naturalmente que não só tendo em vista a limitação do universo possível de candidatos como a valorização da experiência no exercício da profissão, traduzida – não poderia ser de outra forma – na antiguidade do candidato, estabelece a norma em causa que apenas os 60 concorrentes mais antigos, de entre os que detêm as referidas classificações, poderão candidatar-se a cada concurso.

A prevalência do mérito sobre outros critérios, designadamente o da antiguidade, na nomeação dos juízes das Relações, está também patente no procedimento concreto de preenchimento das vagas em causa, em primeiro lugar na medida em que as mesmas são preenchidas, na proporção de dois para um, por concorrentes classificados respectivamente com muito bom e bom com distinção.

Embora considere o legislador que também o concorrente classificado com bom com distinção deverá aspirar à promoção, estabelecendo uma espécie de quota para os candidatos nessas condições, os candidatos classificados com muito bom dispõem, à partida, do dobro de vagas daqueles.

Naturalmente que também aqui, sendo necessária a introdução de um outro critério para a graduação de candidatos com igual classificação, estabe-

leceu o legislador que as vagas seriam preenchidas sucessivamente, de entre os referidos candidatos e pelo esquema descrito, pelos mais antigos.

Do que fica dito, revela-se necessário extrair as seguintes considerações:

1. antes de mais, e conforme acima demonstrado, o critério prevalente, primeiro na escolha dos candidatos ao concurso e depois no provimento das próprias vagas, é o do mérito;

2. por outro lado, revelava-se imperioso a adopção, pelo legislador, de um outro critério transparente e equitativo que viabilizasse a colocação dos candidatos nas vagas existentes, na situação em que os candidatos estão, através da simples aplicação do referido critério de mérito, em igualdade de circunstâncias. O critério escolhido foi naturalmente o da antiguidade, presente, conforme referido, no momento da delimitação do universo possível de candidatos e posteriormente na fase de preenchimento das vagas.

Assim sendo, e mostrando-se inevitável a escolha de um segundo critério nos termos referidos, revela-se igualmente apropriado que esse segundo critério seja o da antiguidade. De facto, e conforme acima já aflorado, a experiência no exercício de uma determinada actividade terá a sua tradução mais objectiva no tempo durante o qual se exerceu de facto essa mesma actividade. Isto é, presume-se que se adquiriu tanta mais experiência no desempenho de determinadas tarefas quanto mais tempo as mesmas foram exercidas de facto.

Este exercício de facto implica, no caso concreto dos magistrados judiciais, que só as situações excepcionadas pelo art. 73.º, n.º 1, do Estatuto possam não ser descontadas na antiguidade, incluindo as faltas por motivo de doença que não excedam um determinado número – actualmente de 180 em cada ano, de acordo com a redacção do n.º 1, alínea g), que resultou da Lei n.º 143/99.

Será possível ao legislador aumentar o número, por ano, de faltas por doença irrelevantes para efeitos de antiguidade, como de resto aconteceu com a entrada em vigor da Lei n.º 143/99. Já não poderá no entanto o legislador desconsiderar totalmente essas faltas – com toda a compreensão que se tem pela situação, como a de V. Ex.^a, em que, por motivo de força maior, o magistrado se vê impossibilitado de prestar o seu trabalho – sob pena de se desvirtuar o conteúdo essencial do conceito de antiguidade e a presunção que o mesmo acarreta no sentido de que a experiência no desempenho efectivo de funções está directamente relacionada com o tempo de desempenho efectivo dessas mesmas funções.

Em última análise, a desconsideração total dessas faltas distorceria o próprio sistema de promoção dos juizes que conta, como acima se viu, com a complementaridade do critério da antiguidade, assumido com o seu conteúdo acima assinalado, isto é, implicando a presunção de que duas pessoas com o mesmo tempo de exercício efectivo de funções – independentemente do mérito de cada uma – têm idêntica experiência.

Repare V. Ex.^a que a Constituição da República Portuguesa manda, no seu art. 215.º, n.º 3, que o recrutamento dos juizes dos tribunais judiciais de segunda instância se faça *com prevalência* do critério do mérito, não impondo que a escolha se faça exclusivamente através deste critério. Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação precisamente ao referido preceito constitucional, “*não se exclui, assim, a utilização de outros critérios, designadamente do critério da antiguidade*” (in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª edição revista, 1993, Coimbra Editora, p. 822).

Assim sendo, entende-se que cumpre o Estatuto dos Magistrados Judiciais, pelas razões acima expostas, essa imposição constitucional, razão pela qual entendi não tomar qualquer iniciativa no âmbito da matéria em análise.

R-2250/02

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Acesso ao emprego. Discriminação em função da idade.

Reporto-me à queixa oportunamente apresentada por V. Ex.^a a este órgão do Estado, a propósito do assunto em referência.

Conforme será do conhecimento de V. Ex.^a, o novo Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, veio reafirmar e concretizar o que resultava já, designadamente, dos arts. 13.º e 59.º da Constituição da República Portuguesa, relativamente ao princípio da igualdade e sua tradução nos direitos dos trabalhadores, também transpondo diversas directivas comunitárias.

Assim, sob a epígrafe “Direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho”, estabelece o art. 22.º, n.º 1, do Código do Trabalho, que “*todos os*

trabalhadores têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho”, prevendo, por seu turno, o n.º 2 do mesmo normativo, que “*nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente (...) (da) idade (...)*”.

No art. 23.º, n.º 1, do Código, pode ler-se ainda que “*o empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente (...) (na) idade (...)*”.

O próprio Código do Trabalho, mas especialmente o diploma que o veio regulamentar – a Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, na parte aqui relevante através dos arts. 30.º e seguintes –, reafirmaram não só os princípios da igualdade e da não discriminação no âmbito da matéria em análise, já estabelecidos pela Lei Fundamental, como concretizaram a forma mediante a qual poderá reagir um trabalhador, ou candidato a um emprego, a um acto de discriminação no trabalho, ou no acesso a um emprego, particularmente em virtude da idade, de que venha a ser alvo.

A propósito da aplicação dos referidos princípios da igualdade e da não discriminação ao acesso ao emprego, refere Pedro Romano Martinez²³⁸, que a mesma “*abrange também os actos e negócios jurídicos praticados nos preliminares da formação do contrato de trabalho, nomeadamente no âmbito de concursos públicos, provas de selecção e contratos-promessa de trabalho*”.

Afirma-se, assim, no art. 26.º do Código, que a prática de qualquer acto discriminatório lesivo de um trabalhador ou candidato a emprego confere ao mesmo o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos da lei geral, ao mesmo tempo que coloca a referida legislação – prevendo, nesta matéria, uma inversão face ao regime geral consagrado na lei civil –, na entidade empregadora, o ónus da prova de que as diferenças de condições no trabalho, ou de acesso a um emprego, invocadas pela pessoa alegadamente discriminada, não assentam em nenhum dos elementos a que alude o já citado art. 23.º, n.º 1, do Código, entre os quais a idade (cf. art. 23.º, n.º 3, do Código do Trabalho).

²³⁸ E Outros, in “Código do Trabalho Anotado”, 2.ª edição revista, 2004, p. 108.

A propósito ainda da aplicação desta regra da inversão do ónus da prova ao acesso ao emprego, referem os autores do Código Anotado acima identificado que a mesma se aplica *“não apenas a propósito das condições de trabalho, mas também no acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais”*, sendo que *“à luz deste preceito (art. 23.º), cabe ao empregador a prova de que a exclusão ou o tratamento desvantajoso conferido ao trabalhador ou ao candidato a emprego não é irrazoável, arbitrário e discriminatório, tendo uma justificação plausível”* ²³⁹.

Por seu turno, a Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que veio regulamentar o Código do Trabalho, além de dar conteúdo a algumas expressões do mesmo, como as referentes à discriminação directa, discriminação indirecta, trabalho igual e trabalho de valor igual (v. art. 32.º, n.º 2), veio especificar os aspectos concretos em que o direito à igualdade nas condições de acesso ao emprego e no trabalho se traduz.

Especificamente quanto à matéria objecto da queixa de V. Ex.^a, diz-se no art. 33.º, n.º 1, do diploma regulamentador, que o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento, no que se refere ao acesso ao emprego, respeita designadamente *“aos critérios de selecção e às condições de contratação, em qualquer sector de actividade e a todos os níveis hierárquicos”* [(alínea a)].

A violação do disposto nos arts. 22.º, n.º 2, e 23.º, n.º 1, do Código do Trabalho, constitui, nos termos da mesma legislação, contra-ordenação muito grave, podendo a decisão condenatória ser objecto de publicidade (cf. art. 642.º, n.º 1), incorrendo ainda em responsabilidade civil o empregador que excluir, de forma ilícita, nos termos referidos, um candidato a um emprego.

Referem os autores do Código Anotado atrás identificado que *“mesmo quando se trate da aplicação do princípio da igualdade no acesso ao emprego, julga-se que está em jogo o regime da responsabilidade civil obrigacional – a prática discriminatória surge na sequência de contactos e negociações levados a efeito entre as partes, porventura na sequência de negócios preparatórios ou preliminares – circunstância que acarreta, nomeadamente, o regime de presunção de culpa (artigo 799.º do CC) e o da responsabilidade directa por facto de terceiro (artigo 800.º, n.º 1, do CC)”* ²⁴⁰

²³⁹ Ob. cit., p. 112.

²⁴⁰ Ob. cit. p. 116.

Importa referir que o legislador previu naturalmente a possibilidade de serem feitas distinções no acesso ao emprego, também em função da idade, atendendo às características da actividade profissional em causa, quando essas distinções se revelam não só adequadas como necessárias (v. art. 23.º, n.º 2, do Código do Trabalho) – algumas actividades, por exemplo, pelo esforço físico que possam implicar, podem não ser adequadas a trabalhadores que detêm já uma certa idade.

Perante o que acima fica exposto, entendo que, neste momento, designadamente com a recente publicação da regulamentação da matéria em análise, levada a efeito pela Lei n.º 35/2004, promoveu o legislador, quanto à questão suscitada na exposição de V. Ex.^a, uma concretização suficiente dos princípios da igualdade e da não discriminação que decorriam já da Constituição e de algumas directivas comunitárias (anteriormente apenas objecto de maior concretização relativamente à discriminação em função do sexo).

Este nível de concretização permite já que os candidatos a empregos alegadamente alvo de tratamento discriminatório, por exemplo, por motivo da idade, possam reagir de forma mais eficaz a essa situação, junto designadamente dos órgãos jurisdicionais competentes.

Naturalmente que tais situações só poderão ser analisadas relativamente a cada caso concreto – “*o apuramento da prática discriminatória deve realizar-se casuisticamente, segundo juízos de razoabilidade, atendendo à finalidade e aos motivos que determinaram a actuação do empregador e segundo critérios de adequação e de proporcionalidade*”²⁴¹ –, sendo certo que, como V. Ex.^a saberá, estão as entidades privadas excluídas, por lei, do âmbito de actuação do Provedor de Justiça.

R-924/03

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Regime de cooperação técnica e financeira entre a Administração Regional e a Administração Local. Decreto Legislativo Regional n.º 32/2002/A, de 8 de Agosto.

²⁴¹ Ob. cit., p. 111.

1. Reporto-me à comunicação de V. Ex.^a a propósito do assunto acima identificado, relativamente à qual, concluída a análise das questões aí levantadas, importará esclarecer o seguinte:

O Decreto Legislativo Regional (DLR) n.º 32/2002/A, de 8 de Agosto, objecto da exposição que me foi apresentada por essa associação, veio definir um novo regime de cooperação técnica e financeira entre a Administração Regional Autónoma dos Açores e a Administração Local da Região, enquadrando-o, à semelhança do que já havia sido feito pelo diploma que anteriormente regulava a matéria – o DLR n.º 6/95/A, de 28 de Abril, revogado por aquele – no contexto das possibilidades de participação comunitária na área dos investimentos públicos, desenvolvendo, de forma significativa face à legislação anterior, a aplicação do regime às freguesias da Região, e integrando no regime a cooperação financeira precisamente no domínio das grandes reparações nos edifícios escolares propriedade dos municípios, constante, até esse momento, de diploma avulso, concretamente do Decreto Regulamentar Regional (DRR) n.º 10/88/A, de 7 de Março.

Designadamente quanto aos municípios da Região, definiu o DLR n.º 32/2002/A que os contratos de desenvolvimento a celebrar com os mesmos podem revestir três modalidades [art. 3, n.º 1, alíneas a) a c)]:

- a) *Contratos de cooperação* técnica e financeira da Administração Regional na realização de investimentos *no âmbito das competências das autarquias locais*;
- b) *Contratos de colaboração* das autarquias locais na realização de investimentos *no âmbito das competências da Administração Regional*;
- c) *Contratos de coordenação* das actuações da Administração Regional e das autarquias locais na realização de investimentos integrados envolvendo *competências conjuntas da Administração Regional e das autarquias locais*.

2. A principal questão levantada por essa associação na queixa aqui recebida, respeitante à matéria das construções e reparações em *edifícios escolares propriedade dos municípios, ou seja, estabelecimentos de educação pré-escolar e escolas do ensino básico* – cf. arts. 19.º, n.º 1.º, 11.º, n.º 1.º, e 33.º da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, e art. 64.º, n.º 2, alínea f), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro – está globalmente circunscrita ao regime esta-

belecido pelo DLR n.º 32/2002/A para os contratos de cooperação entre a Administração Regional e as autarquias locais, acima mencionados na alínea *a*), já que falamos de competências destas últimas.

De facto, a Lei n.º 159/99, que estabeleceu o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais e que se aplica às regiões autónomas (cf. art. 33.º), definiu, no seu art. 19.º, n.º 1, como competência dos órgãos municipais, a realização de investimentos no domínio da construção, apetrechamento e manutenção dos estabelecimentos de educação pré-escolar e das escolas do ensino básico, com transferência para os municípios da titularidade daquele património (art. 11.º, n.º 1).

Após terem as Leis do Orçamento do Estado para 2001 e para 2002 anunciado a regulamentação da referida transferência de competências (cf. arts. 13.º, n.º 1, alínea *j*), e 12.º, n.ºs 1 e 2, alínea *a*), respectivamente da Lei n.º 30-C/2000, de 29 de Dezembro, e da Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro), coube ao Decreto-Lei n.º 7/2003, de 15 de Janeiro, já posterior à entrada em vigor da legislação regional de que nos ocupamos, a concretização dessa regulamentação.

Assim, refere o diploma de 2003, no seu art. 22.º, n.º 1, que a realização dos investimentos na construção, apetrechamento e manutenção dos estabelecimentos de educação pré-escolar e do ensino básico, previstos na carta educativa do concelho, é da competência dos municípios. Esta competência compreende, no que se refere à educação pré-escolar e ao 1.º ciclo do ensino básico, a identificação, elaboração e aprovação dos projectos, o seu financiamento e a respectiva execução (n.º 2 do mesmo preceito). Já quanto aos 2.º e 3.º ciclos do ensino básico, a realização dos referidos investimentos é concretizada através de contrato com o Ministério da Educação (n.º 3 da norma).

Para levarem a cabo as competências referentes aos edifícios do pré-escolar e do 1.º ciclo do básico, os municípios podem aceder ao apoio financeiro a que se refere o art. 27.º, n.º 1, do diploma. Já no que toca aos investimentos nos imóveis do restante ensino básico, refere a legislação que o montante das verbas a transferir é o previsto nos contratos celebrados com o Ministério da Educação (art. 27.º, n.º 2).

A já acima mencionada Lei n.º 169/99, que é uma lei geral da República e que define actualmente o quadro de competências dos municípios e das freguesias, alterada pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro, e republicada em

anexo a esta, estabelece, no seu art. 64.º, n.º 2, alínea *f*), como competência da câmara municipal, a criação, construção e gestão de instalações e equipamentos integrados no património municipal ou colocados, por lei, sob a administração municipal, competência essa, concretamente respeitante à conservação e reparação de escolas do ensino básico e do ensino pré-escolar, delegável na junta de freguesia (cf. art. 66.º, n.º 2, alínea *g*), do diploma).

De qualquer forma, diga-se que a Lei n.º 159/99, enquanto lei-quadro, não procedeu apenas à transferência de novas atribuições e competências para as autarquias locais, competindo-lhe também a função de sistematizar as atribuições e competências já anteriormente objecto de transferência legal.

É o caso da competência de que nos ocupamos na presente análise. Assim sendo, o Decreto-Lei n.º 77/84, de 8 de Março, já antes havia definido como competência municipal a realização de investimentos públicos nos então centros de educação pré-escolar e nas “escolas dos níveis de ensino que constituem o ensino básico” [art. 8.º, alínea *e*), n.ºs 1) e 2)], tendo ao mesmo tempo transferido a titularidade do referido património, isto é, das referidas escolas, para o município, transferência essa que, em concreto, deveria formalizar-se através da celebração de protocolos (art. 13.º do diploma).

Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, revogado pela Lei n.º 169/99, definia, no seu art. 51.º, n.º 1, alínea *h*), que competia à câmara municipal “promover todas as acções necessárias à administração corrente do património municipal e à sua conservação”.

Independentemente do ritmo que terá marcado, na prática e em concreto, a transferência das competências aqui em análise, a verdade é que a conservação e reparação das escolas dos ensinos pré-escolar e básico estão, desde há mais de 15 anos, cometidas, em abstracto, às autarquias locais. Só através do Decreto-Lei n.º 7/2003 viria o legislador a regulamentar totalmente essas competências.

3. Importa no entanto, para a presente análise, explicitar aqui a evolução da legislação pertinente no que toca à Região Autónoma dos Açores.

Assim, e adaptando à Região o regime do Decreto-Lei n.º 77/84 – que, conforme referido, definiu como competência municipal a realização de investimentos públicos nos centros de educação pré-escolar e nas escolas do ensino básico, tendo ao mesmo tempo transferido a titularidade do referido património, isto é, das referidas escolas, para os municípios – estabeleceu o DLR n.º 33/84/A, de 6 de Novembro, como competência dos municípios, a repa-

ração e conservação dos estabelecimentos do aí designado ensino primário (cf. art. 3.º).

A competência dos municípios da Região Autónoma dos Açores, no domínio em análise, abrangia então apenas os estabelecimentos do 1.º ciclo do ensino básico, constituindo estes parte do respectivo património.

Posteriormente, o DLR n.º 31/86/A, de 11 de Dezembro, considerando que os referidos estabelecimentos de ensino constituíam, nos termos da legislação acima mencionada, património municipal, considerando também o disposto na disposição do Decreto-Lei n.º 100/84 já supra mencionada, no sentido de que competia à câmara municipal promover as acções necessárias à administração corrente do património municipal e à sua conservação, e considerando finalmente que os municípios não teriam, à data, possibilidade de efectuar, por si só, obras com vista a grandes reparações e beneficiações nos mesmos estabelecimentos, definiu:

A) *Como competência dos municípios, a reparação e conservação das escolas do então designado ensino primário, bem como os pagamentos dos respectivos consumos de água e de electricidade* (art. 1.º);

B) *A cooperação financeira* – em, pelo menos, 75% (art. 4.º) – do Governo Regional, tendo em vista o cumprimento, pelas autarquias locais, das *grandes reparações e beneficiações* (definidas no art. 3.º) nos referidos estabelecimentos.

O DRR n.º 10/88/A, hoje revogado pelo diploma objecto da queixa dessa associação, veio regulamentar o regime acima definido, da seguinte forma:

A) *As obras de pequena reparação eventual e urgente* que se destinam a evitar o agravamento de danos e perigos para os utentes dos estabelecimentos bem como a assegurar o bom funcionamento das suas instalações, elencadas, a título exemplificativo, no art. 2.º, n.º 1, *devem ser mandadas executar pelos municípios;*

B) *As obras de conservação periódica devem ser executadas pelos municípios com um intervalo não superior a dois anos;*

C) *As grandes reparações e beneficiações dos edifícios das escolas do referido ensino primário são objecto de cooperação financeira por parte do Governo Regional, nos seguintes termos: participação em 100% para as actuações de emergência em consequência de catástrofes ou cataclismos e para*

as obras de adequação funcional do imóvel (definidas no art. 4.º), e participação em 75% para a execução dos arranjos exteriores como acessos, espaços circundantes e vedações.

Por seu turno, o DLR n.º 6/95/A, revogado pelo DLR n.º 32/2002/A, não previa, conforme já acima aflorado, a possibilidade de cooperação técnica e financeira da Administração Regional no domínio das grandes intervenções em edifícios escolares propriedade dos municípios, circunscrevendo-se então o regime ao financiamento das autarquias locais na realização de investimentos, no domínio da educação e ensino, da competência da Administração Regional, através dos contratos de colaboração (v. art. 15.º, alínea *c*), do DLR n.º 6/95/A), ou da competência conjunta da Administração Regional e autarquias locais, mediante os contratos de coordenação (cf. art. 18.º, n.º 1).

Assim sendo, e até à entrada em vigor do DLR n.º 32/2002/A, o regime de cooperação financeira da Administração Regional para as grandes reparações e beneficiações em edifícios escolares propriedade dos municípios era o constante do acima referido DRR n.º 10/88/A, nos moldes supra explicitados.

Nos termos do actualmente em vigor *DLR n.º 32/2002/A*, são as seguintes as linhas orientadoras do *regime de cooperação no domínio das grandes reparações de edifícios escolares propriedade dos municípios*:

A) A cooperação técnico-financeira tem carácter *complementar* relativamente ao regime de participação comunitária [(art. 4.º, n.º 2, em conjugação com o n.º 1, alínea *d*)];

B) A cooperação financeira pode ser indirecta, através do pagamento, pelo Governo Regional, de parte dos juros respeitantes a empréstimos contraídos pelo município para financiamento do empreendimento, na parte não coberta pela participação comunitária (art. 5.º, n.º 1).

Neste caso, *o valor da participação corresponderá a 70% sobre a taxa EURIBOR a seis meses em vigor à data das amortizações dos empréstimos contraídos pelos municípios* [(art. 10.º, n.º 1, alínea *d*)].

A cooperação financeira indirecta pode ainda traduzir-se no pagamento de encargos resultantes de atrasos, superiores a 90 dias, no recebimento, pelos municípios, de verbas resultantes da aprovação de investimentos no âmbito do PRODESA (art. 5.º, n.º 2);

C) A cooperação pode ser *directa* [(cf. art. 6.º, alínea *b*)], no caso das grandes reparações a que se refere o art. 15.º da legislação, sob a epígrafe “construções escolares”.

Neste caso, *o valor da participação será, quanto à reconstrução e grande reparação de edifícios danificados em consequência de calamidades naturais ou incêndio, correspondente, no máximo, a 75% do montante global a investir*, fixado casuisticamente pelo Governo Regional (art. 15.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2). No que diz respeito à *alteração global das instalações eléctricas e de telecomunicações, construção de instalações sanitárias e substituição de coberturas e instalação de vedações, esse valor é o correspondente a 25% do montante global a investir quando se trate de obra não participada pelo PRODESA, assumindo nos restantes casos o valor da parte não coberta pela participação comunitária* (art. 15.º, n.º 1, alíneas *b*) a *d*), e n.º 3);

D) *O regime de cooperação directa não é cumulável com outra forma de cooperação técnico-financeira prevista no diploma, designadamente, e no caso, com a indirecta;*

E) *A efectivação da cooperação directa pressupõe a execução, pelos municípios, de obras de conservação periódica, com um intervalo não superior a dois anos.*

4. Da conjugação de tudo aquilo que acima fica dito, importará reter as seguintes ideias.

Em primeiro lugar, o DLR n.º 32/2002/A não transfere, em momento algum, no domínio que está aqui em discussão, isto é, o da conservação e reparação de escolas do ensino pré-escolar e do ensino básico, novas competências para os municípios. Aliás, a única possibilidade que o diploma em causa prevê de ocorrerem transferências de competências situa-se no domínio dos contratos de colaboração, em que a Administração Local colabora com a Administração Regional na execução de investimentos da competência desta última (cf. art. 39.º, n.º 1, do diploma), portanto fora do domínio aqui em análise.

Mesmo tendo em atenção que, conforme acima dito, a transferência de competências prevista no Decreto-Lei n.º 77/84 se circunscreveu, no caso da Região Autónoma dos Açores, ao 1.º ciclo do ensino básico, nos termos acima explicitados, não pode deixar de densificar-se, neste momento, os conceitos constantes do DLR n.º 32/2002/A – por exemplo as expressões “edifícios esco-

lares propriedade dos municípios” e “parque escolar do concelho contratante” – com o conteúdo do conjunto de disposições das Leis n.ºs 159/99 e 169/99, já acima várias vezes citado, e até com a regulamentação contida no Decreto-Lei n.º 7/2003 quanto ao alcance da responsabilidade dos municípios na realização de investimentos nos diversos níveis de ensino, plasmada no art. 22.º do diploma (necessitando eventualmente este diploma de uma adaptação do seu regime às Regiões Autónomas, o que, por seu turno, poderá implicar nova reformulação do regime de comparticipação da Administração Regional nos investimentos em causa).

Diga-se que, quanto à Região Autónoma dos Açores, a conservação e reparação das escolas do 1.º ciclo do ensino básico estava cometida aos municípios pelo menos desde a entrada em vigor do DLR n.º 31/86/A, acima mencionado – senão mesmo desde a entrada em vigor do DLR n.º 33/84/A, na medida em que pretendeu o DLR n.º 31/86/A esclarecer o alcance da previsão do diploma regional de 1994.

Tal competência incluía já antes, e desde sempre, as grandes reparações, embora neste caso o legislador regional tenha instituído, também desde o início, um sistema de comparticipação da Administração Regional por forma a apoiar a sua efectivação pelos municípios.

O DLR n.º 32/2002/A aprovou um novo sistema de comparticipação da Administração Regional nas obras a cargo dos municípios, integrando nesse novo regime o regime de comparticipação relativo aos edifícios do 1.º ciclo do ensino básico, constante, até essa data, do DRR n.º 10/88/A, naturalmente com reformulações.

Refere essa associação que o faz diminuindo a comparticipação da Administração Regional nos investimentos em causa face designadamente ao regime estabelecido no citado Decreto Regulamentar Regional.

Sendo facilmente verificável que a comparticipação da Administração Regional será menor no âmbito da legislação em vigor – a comparticipação do Governo Regional nas intervenções decorrentes de catástrofes e nas obras de adequação funcional do imóvel era, nos termos do DRR n.º 10/88/A, de 100% –, a que acresce a circunstância de o parque escolar objecto do regime do DLR n.º 32/2002/A ser maior que o abrangido pelo regime do DRR n.º 10/88/A, a verdade é que se mostra possível que um investimento concreto venha a ser totalmente financiado por entidades diversas dos municípios, bastando para tal que uma das obras a que aludem as alíneas *b)* a *d)* do n.º 1 do art. 15.º

do DLR n.º 32/2002/A seja comparticipada pelo PRODESA, cobrindo a Administração Regional a parte remanescente (cf. art. 15.º, n.º 3, do diploma de 2002).

De qualquer forma, e assumindo-se que a comparticipação em si da Administração Regional será sempre, no âmbito da legislação em vigor, menor face à que decorria do DRR n.º 10/88/A, há que ter em conta, antes de mais, e conforme já referido, que o regime de que falamos está enquadrado num contexto em que se abrem possibilidades de comparticipação nos investimentos em causa por parte de entidades distintas da Administração Regional, designadamente comunitárias – daí a comparticipação do Governo Regional assumir também a forma de comparticipação indirecta –, aparecendo a comparticipação da Administração Regional como complementar daquelas formas alternativas de financiamento, como de resto é expressamente definido no diploma.

Por outro lado, e especificamente quanto às competências reportadas às escolas do 1.º ciclo do ensino básico, convém recordar que essa transferência ocorreu, na Região Autónoma dos Açores, há mais de 15 anos, pelo que, neste momento, deveriam em teoria os municípios da Região ter já criado uma estrutura designadamente financeira compatível no mínimo com uma redução da comparticipação externa nos investimentos mencionados.

De outra banda, também a obrigatoriedade de realização, por parte dos municípios, de obras de conservação, de dois em dois anos, nas escolas que se inserem no respectivo património, bem como a obrigatoriedade de pagamento dos consumos de electricidade e de água das escolas onde seja ministrado o 1.º nível do ensino básico – o cumprimento destas atribuições aparece, na legislação em apreço, como um requisito para o acesso à celebração de contratos de cooperação e de colaboração com a Administração Regional, matéria a que me referirei de seguida – não decorrem *ex novo* do DLR n.º 32/2002/A, já constando do rol de atribuições das autarquias em causa, nos termos atrás referidos.

É verdade que a obrigatoriedade do pagamento das despesas inerentes aos consumos de água e electricidade, já prevista no art. 1.º do DLR n.º 31/86/A, se reporta aos estabelecimentos onde se ministra o 1.º ciclo do ensino básico (art. 35.º, n.º 3, do DLR n.º 32/2002/A). No entanto, e gerindo os municípios as escolas dos ensinos pré-escolar e básico – isto mesmo decorre agora, para todo o território nacional, da legislação acima identificada –, terá

de entender-se que são os municípios os responsáveis pelo pagamento das correspondentes despesas de electricidade e de água, não tendo esta atribuição, ao contrário do que é dito na queixa, ficado prejudicada pela entrada em vigor do regime de autonomia das escolas designadamente dos ensinos pré-escolar e básico, adaptado à Região pelo DLR n.º 18/99/A, de 21 de Maio.

Assim sendo, não transfere a norma constante do n.º 3 do art. 35.º do DLR n.º 32/2002/A qualquer nova competência para os municípios, mesmo se aplicável às escolas que integram o pré-escolar e outros ciclos do ensino básico para além do 1.º. Naturalmente que se vier a concretizar-se a constituição de escolas integradas que englobem também o ensino secundário, nos termos previstos no art. 6.º do DLR n.º 2/98/A, de 28 de Janeiro, a questão relativa a esses pagamentos terá de ser resolvida através de regulamentação própria.

5. Finalmente, importa analisar as questões dos condicionamentos à celebração dos contratos de desenvolvimento a que alude o art. 35.º do DLR n.º 32/2002/A, e do controlo que é feito aos processos em referência pela comissão de acompanhamento, estabelecida pelo art. 34.º do diploma e regulamentada pelo DRR n.º 2/2003/A, de 8 de Fevereiro.

Não me parecem censuráveis as soluções consignadas nas normas em causa, pelas razões que procurarei explicitar de seguida.

Não é demais lembrar, em primeiro lugar, que falamos de dinheiros públicos, suportados pelos contribuintes. Este facto determina, só por si, não apenas a necessidade do controlo e fiscalização dos processos no âmbito dos quais esses dinheiros são utilizados, como a imperatividade de as partes contratantes cumprirem rigorosamente as funções a que estão adstritas e que de alguma forma se relacionam ou correlacionam com o objecto dos contratos. No caso dos municípios, são essas funções, por exemplo, o pagamento de despesas inerentes às instalações de que são proprietários, designadamente as referentes aos consumos de electricidade e de água, e a conservação periódica dos edifícios das escolas que gerem, isto é, dos estabelecimentos da educação pré-escolar e do ensino básico, com recurso a financiamentos da própria Administração Central e Regional, ou oriundos da União Europeia.

Repare V. Ex.^a que em certa medida a realização periódica de obras de conservação pode obviar à efectivação de reparações maiores, cuja necessidade pode decorrer precisamente da falta de conservação dos edifícios. Assim sendo, revela-se importante fazer depender o financiamento parcial das obras de



Pareceres

maior vulto nos imóveis em referência do cumprimento rigoroso da respectiva conservação.

Convém igualmente sublinhar que o controlo feito pela mencionada comissão de acompanhamento não é realizado apenas sobre a actuação das autarquias locais mas sobre a actuação das partes contratantes, incluindo a Administração Regional.

De resto, esse controlo não é feito sobre a actividade em si dos municípios mas sobre a aplicação em concreto de processos que envolvem a aplicação de dinheiros públicos e de que são também parte os municípios.

6. Por tudo o que acima fica exposto, não me parece viável a adopção de qualquer medida no âmbito das questões colocadas na queixa dessa associação.

R-2743/03

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Transferência de atribuições e competências para as autarquias locais. Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro.

1. Reporto-me à comunicação de V. Ex.^a a propósito do assunto acima identificado, que deu origem ao processo também supra mencionado.

Nos termos da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, a transferência, em concreto, de atribuições e competências para as autarquias locais terá, na prática, de passar necessariamente por três fases que importa aqui distinguir.

Assim, para além de as atribuições e competências a transferir em concreto terem agora de constar obrigatoriamente do elenco de atribuições e competências a que se reporta o capítulo III da Lei n.º 159/99 – enquanto lei-quadro, esta legislação veio não só definir novas atribuições e competências para as autarquias locais como sistematizar as que anteriormente já lhes estavam cometidas –, essa transferência será, antes de mais, objecto de regulamentação legal, através de diploma específico. Esta regulamentação concretizará não só o conteúdo das atribuições e competências que se visam transferir, como os diversos aspectos associados a essa transferência, entre os quais terá de incluir-



-se a referência, que poderá implicar a transferência ou não de novos recursos, dos meios, designadamente humanos e financeiros, necessários à prossecução das novas tarefas.

É o que resulta do disposto no art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 159/99, onde se pode ler que *“as transferências de competências, a identificação da respectiva natureza e a forma de afectação dos respectivos recursos serão anualmente concretizadas através de diplomas próprios (...)”*.

A referência à anualidade da concretização, por via legal, das transferências aqui em apreço, prende-se obviamente com a necessidade de estar o legislador previamente autorizado, pelo Orçamento do Estado, a emitir os instrumentos legais concretizadores das transferências. E isto, na medida em que se pode ler no diploma em análise, por um lado, que o Orçamento do Estado *“fixa anualmente, no montante e nas condições que tiverem sido acordados entre a administração central e as autarquias locais, os recursos a transferir para o exercício das novas atribuições”* (cf. art. 4.º, n.º 3) e, por outro, que *“a transferência de atribuições e competências não pode determinar um aumento da despesa pública global prevista no ano da concretização”* (cf. art. 3.º, n.º 3).

Do que fica dito até ao momento podem, com clareza, extrair-se as seguintes conclusões decorrentes da própria letra da Lei n.º 159/99:

- 1.^a A transferência, para as autarquias locais, das competências enunciadas na Lei n.º 159/99, será objecto de regulamentação prévia, por diplomas específicos que concretizem os conteúdos das competências e definam os meios, de diversa natureza, necessários à respectiva prossecução;
- 2.^a Não pode o legislador emitir esses diplomas, no caso de os processos implicarem a transferência de recursos financeiros da Administração Central, sem estar previamente autorizado, pelo Orçamento do Estado, a incluir naquela legislação específica, a transferência, se for o caso, dos referidos recursos;
- 3.^a Os montantes e as condições de transferência desses recursos, previstos no Orçamento do Estado, são os acordados entre a Administração Central e as autarquias locais.

Posteriormente aos momentos acima assinalados, e já independentemente do que resulta da própria lei, poderá ser importante apurar se foi ou não

efectivada, na prática, a transferência, nos termos acima mencionados, dos recursos previstos no Orçamento do Estado.

2. Conforme invocado na exposição apresentada por V. Ex.^a, é a própria Lei n.º 159/99 que estabelece, como princípio geral, que a “*transferência de atribuições e competências é acompanhada dos meios humanos, dos recursos financeiros e do património adequados ao desempenho da função transferida*” (art. 3.º, n.º 2).

Tal princípio é depois concretizado nos moldes acima assinalados. De qualquer forma, a Lei n.º 159/99 estabelece, desde logo, algumas directrizes gerais no que toca à transferência dos meios necessários à prossecução das novas tarefas atribuídas às autarquias locais.

Assim, pode ler-se no art. 11.º do diploma, que “*o património e os equipamentos afectos a investimentos públicos em domínios transferidos para as autarquias locais passam a constituir património da autarquia, devendo as transferências a que houver lugar processar-se sem qualquer indemnização*”, sendo que “*a posição contratual da administração central em contratos de qualquer espécie é transferida para a autarquia, mediante comunicação à outra parte*” (cf. n.ºs 1 e 2).

O art. 12.º, n.º 2, da mesma legislação, estabelece, por seu turno, que “*a transferência de atribuições e competências para as autarquias locais determina a transição do pessoal adequado aos serviços ou equipamentos transferidos, mantendo a plenitude dos direitos adquiridos, designadamente o direito à mobilidade para quaisquer serviços ou organismos da administração central e local, sem prejuízo do direito a regimes especiais, nas situações que justifiquem a mudança de residência*”.

Resulta também implicitamente do mesmo diploma a possibilidade de utilização, pelas autarquias locais, de recursos que surgem na decorrência da assunção de determinadas tarefas. É o caso das funções de licenciamento, através das quais poderão as autarquias locais obter receitas decorrentes de eventuais taxas cobradas, e das competências associadas à fiscalização, com o produto das coimas a ser, total ou parcialmente, afecto às entidades fiscalizadoras.

Convém ainda recordar que a intervenção das autarquias locais poderá implicar uma parceria com a Administração Central, nos moldes anunciados no art. 8.º da Lei n.º 159/99, e que os municípios podem criar ou participar em empresas de âmbito municipal e intermunicipal, para a prosse-

ção de tarefas contidas no âmbito das suas atribuições e competências (cf. art. 10.º do diploma).

Naturalmente que resultará igualmente implícito de todo o processo aqui em discussão, não só tendo em atenção o princípio da solidariedade do Estado para com as autarquias locais, como, de forma mais concreta, por exemplo a transição, acima mencionada, do pessoal afecto aos serviços e equipamentos transferidos, a obrigatoriedade de transmissão, pela Administração Central, às autarquias locais, dos conhecimentos técnicos associados às tarefas transferidas.

3. O legislador tem vindo a proceder, de forma mais demorada do que a inicialmente prevista – já que a Lei n.º 159/99 estabelece, no respectivo art. 4.º, n.º 1, o prazo de quatro anos (prorrogado depois pelo Orçamento do Estado para 2004), contado a partir da data da respectiva entrada em vigor, para a conclusão de todo o processo –, à transferência progressiva das competências previstas no diploma.

Nos Orçamentos do Estado para os anos de 2001 e 2002, respectivamente aprovados pela Lei n.º 30-C/2000, de 29 de Dezembro, e pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, optou o legislador por elencar as competências a transferir, no ano da vigência de cada um dos referidos Orçamentos, para as autarquias locais (cf., também respectivamente, arts. 13.º, n.º 1, e 12.º, n.ºs 1 e 2). O legislador acabaria por não cumprir cada um dos programas de transferências anunciados nos referidos Orçamentos do Estado, optando finalmente, no âmbito da Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2004, por prorrogar, até 31 de Dezembro de 2004, o prazo estabelecido inicialmente no diploma para conclusão do processo (cf. art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 107-B/2003).

A fórmula utilizada pelo legislador na definição da forma pela qual deveria proceder-se, em cada ano, à transferência, para a Administração Local, dos recursos financeiros necessários à prossecução das novas tarefas, nunca foi a mesma.

Assim, pode ler-se no art. 13.º, n.º 2, da Lei n.º 30-C/2000, que *“no ano de 2001, para efeitos do disposto na Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, fica o Governo autorizado a transferir para os municípios as verbas que se achem afectas às competências transferidas ao abrigo do n.º 1 do presente artigo inscritas nos orçamentos dos diversos serviços e departamentos da administração central”* (sublinhado meu).

Já no âmbito da Lei n.º 109-B/2001, veio o legislador determinar, no respectivo art. 12.º, n.º 3, que “*dos diplomas publicados em execução dos números anteriores constarão as disposições transitórias adequadas à gestão dos processos de transferência em causa, designadamente as relativas à transferência dos meios humanos, dos recursos financeiros e do património adequados ao desempenho de cada uma das funções transferidas*”.

Tendo em atenção, por um lado, que a transferência dos recursos financeiros aqui em discussão deverá estar previamente autorizada pelo Orçamento do Estado relativo ao ano em que a mesma venha a ocorrer, não podendo aquela implicar o aumento da despesa global prevista para esse ano (não sendo então possível a fórmula adoptado no Orçamento do Estado para 2002) e, por outro, a circunstância de não se revelar provavelmente adequada a mera transferência das verbas afectas às competências transferidas, inscritas nos orçamentos dos diversos serviços e departamentos da Administração Central (conforme inicialmente estabelecido no Orçamento do Estado para 2001), veio o legislador, no âmbito da Lei n.º 107-B/2003, determinar que “*no ano de 2004, para efeitos do disposto na Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, fica o Governo autorizado a transferir para os municípios as verbas necessárias ao exercício por estes das novas competências transferidas ao abrigo da alínea a) do n.º 2 do presente artigo*” (sublinhado meu).

4. Do que acima fica dito, não pode deixar de retirar-se a conclusão de que, pelo menos em abstracto, não deixou o legislador de estabelecer os mecanismos de definição e, se for o caso, de transferência da Administração Central para a Administração Local, dos meios necessários à prossecução das tarefas atribuídas às autarquias locais, nos moldes acima assinalados.

Refira-se, ainda, que a Lei n.º 159/99 não prevê a atribuição, sem mais, de competências às autarquias locais, antes estabelecendo que as transferências se consideram universais quando “*se efectuem simultânea e indistintamente para todos os municípios que apresentem condições objectivas para o respectivo exercício (...)*” (cf. art. 6.º, n.º 2, 1.ª parte).

Acresce que a mesma legislação prevê que todo o processo de transferência de competências para a Administração Local seja objecto de uma avaliação contínua, efectuada pela comissão de acompanhamento a que se refere o respectivo art. 32.º.

Assim sendo, não me parece que, a ocorrerem situações mercedoras de reparo na perspectiva da questão colocada na queixa apresentada por

V. Ex.^a, elas se situem no âmbito do regime estabelecido na própria Lei n.º 159/99.

5. Admito, no entanto, como possível, que tal asserção possa já não se verificar, em teoria, ao nível da concretização do que na mesma vem estabelecido.

Poderão eventualmente os diplomas concretizadores das transferências de competências pura e simplesmente omitirem, ao contrário do que impõe a Lei n.º 159/99, a definição e, se for o caso, a transferência, dos meios adequados à prossecução, pelas autarquias locais, das novas tarefas.

Por outro lado, podem os mesmos diplomas proceder à definição de meios insuficientes para que as autarquias prossigam as atribuições transferidas, o que poderá vir igualmente a traduzir-se numa eventual violação do disposto no art. 3.º, n.º 2, da Lei n.º 159/99. Naturalmente que, quanto a este aspecto – e também quanto aos prazos de concretização das transferências – caberá à Associação Nacional de Municípios Portugueses, normalmente auscultada no âmbito dos procedimentos legislativos que conduzem à aprovação dos referidos diplomas concretizadores das transferências, um papel activo na definição dos meios – e de eventuais períodos de transição – considerados suficientes para a prossecução de cada tarefa específica.

A este propósito, a título meramente ilustrativo, recorro a V. Ex.^a que, através do Decreto-Lei n.º 65/2003, de 3 de Abril, e tendo sido ouvida a Associação Nacional de Municípios Portugueses, prorrogou o Governo o prazo inicialmente fixado pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, que aprovou o regime jurídico da urbanização e da edificação, para os municípios adaptarem à referida legislação os respectivos regulamentos.

Refira-se também que, conforme acima já explicitado, a Lei n.º 159/99 prevê que a fixação anual, pelo Orçamento do Estado, dos montantes e condições referentes aos recursos a transferir, sejam acordados entre a Administração Central e as autarquias locais.

Questão diversa é a da eventual não transferência, na prática, dos financiamentos previstos designadamente no Orçamento do Estado, que me parece estar subjacente à queixa apresentada por V. Ex.^a.

As questões que, em teoria, poderão colocar-se ao nível da concretização da lei-quadro, nos termos acima assinalados, só poderão naturalmente ser apreciadas com referência a um diploma específico ou a uma questão concreta

de não transferência, na prática, de financiamentos previstos na lei, não se revelando viável a apreciação da questão, em abstracto, tal como a mesma vem exposta na exposição que me foi dirigida por V. Ex.^a.

6. O mesmo se diga quanto à matéria, que mereceu referência na queixa apresentada, da transferência de atribuições, da Administração Central para as áreas metropolitanas, comunidades intermunicipais e associações de municípios de fins específicos, nos termos preceituados nas Leis n.ºs 10/2003 e 11/2003, ambas de 13 de Maio.

As entidades criadas pela legislação em referência, independentemente das diferentes designações e formas de organização adoptadas, são todas elas associações de municípios. Assim sendo, foram todas elas criadas, pelo legislador, com apoio no art. 253.º da Constituição da República Portuguesa, onde se estabelece que *“os municípios podem constituir associações e federações para a administração de interesses comuns, às quais a lei pode conferir atribuições e competências próprias”*. A possibilidade de atribuição de competências próprias às entidades em causa, a par da eventual transferência de atribuições por parte da Administração Central e dos municípios, foi concretizada, pelo legislador, designadamente nos arts. 6.º da Lei n.º 10/2003, e 5.º da Lei n.º 11/2003.

As áreas metropolitanas, comunidades intermunicipais e associações de municípios de fins específicos são estruturas associativas de autarquias locais, os municípios, tendo em vista a prossecução, com “ganhos de eficiência, eficácia e economia”, e só verificada esta circunstância ²⁴², de tarefas que, contendo-se dentro das respectivas atribuições, visam a prossecução de interesses comuns aos municípios, numa tentativa de aprofundamento do modelo de descentralização em vigor no país, designadamente do modelo traduzido na Lei n.º 159/99.

Também só através de uma concretização de eventuais situações, por exemplo, de não transferência, na prática, de recursos financeiros, oriundos do Orçamento do Estado ou resultantes de processos de contratualização com a Administração Central, será possível dar sequência às questões apresentadas, em abstracto, na queixa aqui recebida.

²⁴² Cf. arts. 6.º, n.º 6, da Lei n.º 10/2003, e 5.º, n.º 6, da Lei n.º 11/2003.

7. Naturalmente que poderá essa Junta Metropolitana, se assim o entender, concretizar, nos termos acima referidos, a queixa apresentada.

R-4645/03

Assessor: João Batista

Assunto: Autorização de permanência – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

Solicitou V. Ex.^a a intervenção do Provedor de Justiça, através de uma exposição apresentada junto deste órgão do Estado, relativa ao assunto acima identificado, a propósito da qual cumpre proceder aos seguintes esclarecimentos.

Afirma V. Ex.^a que, não obstante a emissão, por parte da delegação de Aveiro do Instituto de Desenvolvimento e Inspeção das Condições de Trabalho, de informação favorável, tendo em vista a concessão, por parte do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, de uma autorização de permanência, viu V. Ex.^a ser indeferido o pedido oportunamente formulado junto desta última entidade.

Mais alega V. Ex.^a que, além da documentação genérica usualmente exigida para o efeito, terá ainda sido produzida prova da sua entrada e prestação de trabalho em Portugal em data anterior a 30 de Novembro de 2001.

No tocante a esta matéria, estabelecia o artigo 55.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro, a possibilidade de vir a ser concedida autorização de permanência a cidadãos estrangeiros que se encontrassem em Portugal, em casos devidamente fundamentados, a apreciar casuisticamente pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, enquanto entidade pública competente nesta matéria.

Resulta assim da redacção então dada ao preceito em apreço que o recurso ao mecanismo invocado por V. Ex.^a consubstanciava uma faculdade concedida às autoridades públicas competentes, que as mesmas exerceriam, de forma discricionária, em função da fundamentação da pretensão concretamente apresentada, em termos que então não consubstanciavam, nem actualmente consubstanciam, um direito que se reconheça e atribua automaticamente a todos os cidadãos estrangeiros.

Ora, na situação trazida ao conhecimento deste órgão do Estado, entendeu o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, atenta a documentação apresentada para o efeito, não considerar como provada a entrada de V. Ex.^a em Portugal, em data anterior à fixada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 164/2001, de 30 de Novembro de 2001.

Na verdade, conforme afirmado na exposição apresentada, por ter V. Ex.^a entrado em Portugal proveniente de um país parte nos Acordos de Schengen, não tendo sido por isso objecto de qualquer controlo pelas autoridades portuguesas aquando da sua chegada, designadamente através da posição de carimbo de entrada no passaporte de que é titular, não existirá registo documental da data dessa entrada.

As entidades administrativas competentes fixaram, em devido tempo, os meios de prova taxativamente admitidos para a averiguação da efectiva data de entrada e prestação de trabalho em território português, por parte dos cidadãos estrangeiros que desejassem recorrer ao mecanismo legal em apreço.

Relativamente à prova da entrada em Portugal em data anterior a 30 de Novembro de 2001, vieram as autoridades públicas competentes a fixar como únicos meios de prova alternativamente admitidos o carimbo de entrada na fronteira externa, aérea ou marítima, aposta no passaporte, a declaração de entrada prevista no artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, a inscrição na segurança social (com a data de emissão do cartão de beneficiário ou a data de entrada do pedido de emissão, necessariamente anterior a 30 de Novembro de 2001) ou a inscrição na Administração Fiscal.

Decorre no entanto da factualidade apresentada, partindo do pressuposto que não dispõe V. Ex.^a, efectivamente, de qualquer um dos meios enunciados nos termos que antecedem, não configurar a declaração emitida pela embaixada da Ucrânia acreditada em Portugal meio de prova considerado bastante para o efeito, designadamente como declaração de entrada, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 26.º do diploma legal citado.

Na verdade, impõe esta disposição legal que o estrangeiro que entre em Portugal, ainda que por fronteira interna ao espaço Schengen, declare em curto espaço de tempo esse facto ao SEF.

Recordo a V. Ex.^a que o facto de a Delegação de Aveiro do Instituto de Desenvolvimento e Inspeção das Condições de Trabalho ter vindo a emitir informação favorável, com base na apresentação da documentação referida, como prova da sua entrada em data anterior a 30 de Novembro de 2001, em

nada condiciona a posterior actuação do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, ao abrigo dos poderes que lhe são exclusivamente reconhecidos.

Mais devo esclarecer V. Ex.^a que a prova de entrada em território português, bem como a prova de prestação de trabalho em Portugal, em nada dependem uma da outra, por quanto será errado concluir que tendo sido pacificamente provada a prestação de trabalho em data anterior a 30 de Novembro de 2001, se pressuporá ter sido apresentada prova da entrada em Portugal, em momento anterior àquele.

Em bom rigor, admitindo as entidades públicas competentes, como prova da prestação de trabalho a apresentação de mera proposta de contrato de trabalho anterior a Novembro de 2001, a mesma, por ter sido formulada e aceite, não exige necessariamente a entrada e permanência do trabalhador em Portugal antes dessa data.

De facto, estabelecia o artigo 55.º, n.º 8, do Decreto-Lei 244/98 que “a competência para a concessão e prorrogação da autorização de permanência é do director do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, com faculdade de delegação nos directores regionais”, cabendo assim exclusivamente a esta entidade, uma vez apreciados os dados recolhidos, uma tomada de posição final nesta matéria.

Posição essa que, não sendo, do ponto de vista da actuação da entidade pública envolvida, merecedora de especial juízo de censura por parte deste órgão do Estado, se encontra neste momento, ao que se apurou, a ser objecto de apreciação junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, em virtude das alegações produzidas por V. Ex.^a, em resposta a uma comunicação datada de 5 de Junho de 2003, aguardando-se que, dentro de um prazo razoável, venha V. Ex.^a a conhecer a posição final nesta matéria.

Mais foi informado não poder, por ora, vir V. Ex.^a a beneficiar do facto de ter vindo a contrair matrimónio com cidadão estrangeiro em situação regular, porquanto, conforme resulta dos esclarecimentos prestados por V. Ex.^a, o mesmo ainda não terá sido reconhecido para os devidos efeitos civis, altura a partir da qual poderá eventualmente vir a ser solicitado o reagrupamento familiar.

Devo, a propósito da situação protagonizada por V. Ex.^a, informar que, na tentativa de evitar a ocorrência de episódios desta natureza, foi oportunamente chamada a atenção das entidades públicas competentes, v.g. o Ministério dos Negócios Estrangeiros e Serviço de Estrangeiros e Fronteiras,



tendo em vista a necessidade de, dando cumprimento ao disposto na lei, simultaneamente acautelar devidamente os interesses dos cidadãos estrangeiros que se deslocam ao nosso país, através da adopção de procedimentos que visem a prestação de informação sobre as obrigações legais a observar nesta matéria, aos cidadãos estrangeiros a quem sejam concedidos vistos.

Foram assim transmitidas instruções aos diversos consulados portugueses para que, quando emitissem vistos válidos para o Espaço Schengen, advertissem os requerentes da necessidade de, entrando por fronteira não controlada, procederem à declaração de entrada nos termos legais acima explicitados. Foi também declarada pelo SEF a intenção de reforçar a mesma informação, designadamente nos painéis avisadores nas zonas de chegada dos aeroportos.

Nestes termos, atendendo ao exposto, entendo não caber, por ora, ao Provedor de Justiça, a adopção de qualquer outro tipo de procedimento.

R-2940/04

Assunto: Presidente da República. Condecoração. Falta de resposta.

Reporto-me à reclamação de V. Ex.^a, recebida na data em epígrafe e na qual, a respeito do processo de apreciação da proposta de concessão de determinado grau de ordem honorífica portuguesa, se pretende que seja por mim recomendado ao Senhor Presidente da República a prestação dos esclarecimentos ao mesmo solicitados oportunamente por V. Ex.^a.

Como V. Ex.^a parece não desconhecer, o poder presidencial em causa é eminentemente livre, correspondendo ao que no antigo regime se chamava os “actos de Graça”, por oposição aos de Justiça.

Assim, o art. 134.º, i), da Constituição, no seguimento da tradição histórica anterior, confere ao Chefe de Estado, “na prática de actos próprios” o poder de “conferir condecorações, nos termos da lei, e exercer a função de grão-mestre das ordens honoríficas portuguesas.”

A provar que se trata um acto que a Constituição quis como eminentemente livre, temos o facto de este ser um daqueles para os quais a Constitui-



ção não exige a intervenção de um outro órgão, no caso o Governo, através da chamada referenda ministerial. Na verdade, o art. 140.º, n.º 1 da Constituição não inclui no âmbito da sua previsão a citada alínea i) do art. 134.º.

O acto legislativo que neste momento estabelece o regime jurídico que concretiza e aplica o mesmo art. 134.º, i), da Constituição é, como V. Ex.^a bem sabe, o Decreto-Lei 414-A/86, de 15 de Dezembro.

O art. 17.º, n.º 1, deste diploma reitera que “ a concessão dos graus de todas as ordens honoríficas é da exclusiva competência do Presidente da República”, inclusivamente podendo sê-lo por iniciativa própria (art. 18.º, a), do mesmo diploma) e, sem audição sequer do Conselho das Ordens respectivo (cfr. art. 19.º).

Como é natural, em poder de tão libérrimo uso, nada obriga o Presidente da República a justificar a recusa que entenda fazer de determinada proposta que lhe é feita. O seu acto é um acto de natureza política, isento de qualquer controlo, designadamente judicial.

Por essa mesma razão, admito que seja prudente esperar que a mera propositura de determinado agraciamento não deva ser publicitada, antes da sua aceitação. Na verdade, mais do que a ausência de qualquer condecoração, é o conhecimento público de uma eventual recusa que poderá ferir a imagem do proposto agraciado.

Não irei discutir o procedimento concreto, desde logo por tal me não ser pedido nem possuir qualquer interesse, no âmbito das minhas competências. Todavia, ressalta dos dados transmitidos por V. Ex.^a, aliás do conhecimento público, que a decisão presidencial, em si mesma livre, bem como indiscutível, excepto do ponto de vista político, terá plausivelmente tido como base a pertença de V. Ex.^a aos quadros, desconheço em que funções e com que responsabilidades, da ex-PIDE/DGS.

Não pode V. Ex.^a, ao abrigo do direito de petição, pretender obter uma pronúncia sobre motivações que o Senhor Presidente da República, no exercício específico daquela competência, não está obrigado a explicitar. Ao contrário do que sucede com os actos administrativos, nenhuma obrigação genérica de fundamentação recai sobre os actos da função política.

A apreciação da bondade da actuação do Senhor Presidente da República, nesta como na generalidade das suas competências, é exercida, por V. Ex.^a como por todos os cidadãos, exclusivamente ao nível político, traduzindo-se no livre voto em eleições democráticas.



Pareceres

Por último, ainda que não fosse precedente tudo o que atrás fica, resta-me frisar que o art. 22.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei 9/91, de 9 de Abril, exclui dos poderes de inspeção e de fiscalização do Provedor de Justiça os órgãos de soberania, naturalmente que no âmbito exclusivo do exercício da função política e da jurisdicional.

Nessa medida, sempre estaria fora de qualquer possibilidade alguma diligência para que fosse satisfeita a pretensão de V. Ex.^a.



2.6.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-2024/02

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Ministra da Educação

Assunto: Encerramento de escolas por motivo de greve.

Tem-me sido apresentada reclamação por vários pais, a respeito de situações de encerramento de escolas, por motivo de adesão a greve pelos funcionários, docentes ou não.

Sendo conhecidas as limitações, constitucionais e legais, que impedem sobre o Ministério da Educação, enquanto entidade patronal dos trabalhadores grevistas, bem como a conformação do próprio direito de greve, creio que alguma melhoria poderia ser introduzida através de um reforço da comunicação escola-família.

Na verdade, parece-me estar essencialmente em causa o óbvio transtorno que um encerramento, mais a mais se inopinado, de uma escola tem na vida diária familiar, também decerto com prejuízos a nível profissional. Esta incomodidade será tanto maior quanto menor seja a idade dos alunos afectados.

Não desconheço que, por lei, são os sindicatos obrigados a fazer publicar a sua declaração de greve. Há que assumir, contudo, que tal notícia pasará despercebida por bom número de pais e encarregados de educação.

Também é verdade que não é possível à Administração estabelecer com segurança um prognóstico quanto à adesão a certa greve, sendo este um direito individual de cada trabalhador, a exercer apenas no próprio dia em que foi decretada esta acção de protesto.

Nestes termos, permito-me sugerir a V. Ex.^a que, pelo modo que considerar mais conveniente, dirija instrução à rede educativa pública, no sentido



de que, utilizando os meios que em cada caso garantam mais eficácia e sejam proporcionados às necessidades, sejam reforçados os mecanismos de comunicação com as famílias porventura já existentes ou encetado o seu estabelecimento, especificamente alertando-as para a declaração de greve que eventualmente surja e expressamente alertando para a possibilidade de encerramento da escola em caso de adesão significativa dos trabalhadores envolvidos.

R-1524/03

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Secretária de Estado da Administração Pública

Assunto: Decreto-Lei n.º 77/2001, de 5 de Março. art. 50.º.

Foram vários os cidadãos que se dirigiram ao Provedor de Justiça contestando o teor do art. 50.º do Decreto-Lei n.º 77/2001, de 5 de Março, diploma que veio estabelecer as normas de execução do Orçamento do Estado para 2001, na parte em que restringe a sua aplicabilidade aos funcionários da Administração Pública que, à data da entrada em vigor do diploma, preenchessem já os requisitos a que se refere a mesma norma.

Assim, pode ler-se no preceito acima identificado que *“aos funcionários que, à data de entrada em vigor do presente diploma, se encontrem providos em carreiras horizontais do regime geral e com designações específicas que possuam, pelo menos, oito anos no último escalão da respectiva carreira, é atribuído, a título excepcional, com efeitos reportados a 1 de Janeiro de 2001, um acréscimo remuneratório de 15 pontos indiciários, que se considera, para todos os efeitos legais, parte integrante do seu vencimento”*.

A questão colocada pelos reclamantes a este órgão do Estado, e que já será provavelmente do conhecimento de Vossa Excelência, prende-se com a impossibilidade de atribuição dos referidos 15 pontos indiciários à remuneração dos funcionários que, no âmbito das carreiras a que se refere a legislação, tenham completado, já após 1 de Janeiro de 2001, data a que se reporta a produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 77/2001 (cf. art. 52.º), ou venham

ainda a completar, oito anos de permanência no último escalão das referidas carreiras.

Deste modo, o Decreto-Lei n.º 77/2001 terá beneficiado, em termos remuneratórios, um conjunto determinado de funcionários, delimitado exclusivamente em função de um critério de ordem temporal, de instantaneidade, de todo alheio às características do trabalho em causa. Aliás, é a própria norma que reconhece o carácter excepcional da medida da mesma constante.

Compreender-se-á o propósito do legislador em, de alguma forma, compensar os funcionários das carreiras horizontais pela impossibilidade de promoção após progressão para o último escalão, onde obrigatoriamente permaneceriam até à aposentação, sem expectativas de qualquer valorização remuneratória, criando, porque é disso que afinal se trata, um novo escalão.

Não se compreende, no entanto, que o mesmo legislador tenha limitado a aplicabilidade dessa solução aos funcionários que preenchessem já os referidos requisitos em 1 de Janeiro de 2001, distinguindo de forma arbitrária, sem fundamento que o justifique, as situações daqueles funcionários dos que posteriormente vieram a preencher exactamente as mesmas condições. No fundo, tudo se passa como se tivesse sido criado mais um escalão na escala salarial em causa, ao qual foi atribuído um novo índice, reservando-o a um conjunto definido de funcionários, conhecido ou cognoscível nesse momento, e inviabilizada a progressão para o mesmo ao funcionário que viesse a completar os oito anos de permanência no último escalão da carreira, por exemplo logo no imediato dia 2 de Janeiro de 2001.

Oportunamente, para clarificação do contexto em que ocorreu concretamente a aprovação da referida norma, solicitei alguns esclarecimentos à Directora-Geral da Administração Pública, aliás prontamente prestados por ofício, em colaboração que se regista com apreço.

Os dois factos relevantes para a apreciação da questão foram enunciados na referida resposta: por um lado, a decisão de acrescentar 15 pontos indicários à remuneração do último escalão das carreiras em apreço saiu de um processo de negociação colectiva, mais propriamente do Acordo Salarial para 2001 celebrado, em 7 de Dezembro de 2000, entre o então Governo e a FESAP – Frente Sindical da Administração Pública; por outro, a solução negociada não limitava a sua aplicabilidade aos funcionários que já preenchessem os requisitos impostos à data da entrada em vigor do diploma que viesse a aprová-la, tendo essa limitação resultado de uma opção do então Governo, já

em sede de feitura do diploma, motivada, ao que foi invocado, por razões de ordem orçamental.

Naturalmente que uma situação como a descrita será dificilmente compreendida por aqueles que, conforme acima referido, ficaram excluídos da previsão da norma.

Tendo em vista a reparação dos efeitos da mesma decorrentes, o desejável seria estender a solução na mesma consignada aos funcionários que, após a referida data de 1 de Janeiro de 2001, vieram, ou venham ainda, a preencher os requisitos impostos pelo art. 50.º do Decreto-Lei n.º 77/2001. Compreendo, no entanto, que tal medida se mostre, neste específico contexto, também ele de contenção orçamental, de difícil exequibilidade no imediato.

Assim sendo, apelo fortemente ao Governo, na pessoa de V. Ex.^a, para a ponderação oportuna da concretização, mesmo que gradual, da solução acima aventada, isto é, a atribuição de mais 15 pontos indiciários à remuneração dos funcionários das carreiras a que se refere o art. 50.º do Decreto-Lei n.º 77/2001 que tenham completado, já após 1 de Janeiro de 2001, ou venham ainda a completar, oito anos de permanência no último escalão.

Permita-me ainda que apele ao Governo para que situações como a que motivou o presente ofício não voltem a repetir-se. Naturalmente que tenho presente que esta norma não é imputável, em termos subjectivos, ao Governo actual. Este facto, como V. Ex.^a bem compreenderá, não releva para o cidadão que se sente injustiçado com a aprovação da mesma e com a manutenção da solução aí gizada.

R-4258/03

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Reitor da Universidade do Porto

Assunto: Faculdade de Arquitectura. Lei n.º 1/2003, de 6 de Janeiro. Conselho Científico. Composição.

A Lei n.º 1/2003, de 6 de Janeiro, que aprova o Regime Jurídico do Desenvolvimento e da Qualidade do Ensino Superior, estabelece, no seu art. 8.º, n.º 2, que nas universidades, institutos universitários e escolas uni-

versitárias não integradas, o órgão científico é composto exclusivamente por doutores.

A questão da aplicação da legislação em referência ao Conselho Científico da Faculdade de Arquitectura da Universidade do Porto foi já objecto de um parecer dessa reitoria, datado de 27 de Março de 2003, de cuja cópia tive conhecimento e relativamente ao qual não posso deixar de fazer o seguinte reparo.

Desde logo, não é possível considerar-se a norma em discussão como uma norma programática, conforme se defende no mencionado parecer. De facto, não constitui o conteúdo daquela norma uma mera directriz de actuação para o legislador ou aplicador da norma, nem está a possibilidade de concretização da mesma dependente da verificação futura de determinadas condições, designadamente de natureza económica ou social. A norma em causa consubstancia um comando do legislador que não só é imediatamente passível de aplicação e concretização, como inclusivamente tal determina, desde a sua entrada em vigor.

Por outro lado, o preceito em apreço em nada interfere com a ressalva da legislação relativa à transição dos docentes da Escola Superior de Belas Artes do Porto para a Faculdade de Arquitectura da Universidade do Porto. De facto, o art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 1/2003 em nada contende com aquela legislação, designadamente não retirando quaisquer direitos aos docentes destinatários da mesma, tendo em atenção que a qualidade de membro do órgão científico não integra, em si mesma, esse leque de direitos – na verdade, só pela errada determinação, nos actuais Estatutos da Faculdade, e de que integram o conselho científico da mesma certas categorias de docentes, independentemente do grau, assim contrariando a citada norma legal, se pode fazer uma ligação entre a manutenção, v. g., da categoria de professor catedrático e a pertença ao órgão em causa.

As citadas normas de transição garantem a titularidade de determinada categoria, nada acrescentando, designadamente não concedendo qualquer equiparação ao grau de doutor ou estabelecendo que estaria associada a essa categoria a manutenção no conselho científico. Deste modo, nunca a legislação que procedeu à transição dos docentes em causa poderá ser considerada especial face ao teor do preceito da Lei n.º 1/2003 em discussão.

Assim sendo, pelas razões acima apontadas, também não é correcta a interpretação que faz da norma a Comissão Científica do Senado da Universi-

dade de Lisboa, na proposta de deliberação a que se refere o ofício n.º 1751, enviado a V. Ex.^a pelo Gabinete do anterior Ministro da Ciência e do Ensino Superior, cuja cópia consta igualmente deste processo.

Permito-me sublinhar, ainda, que o despacho exarado pelo referido membro do Governo nessa proposta nada acrescenta à questão, até na medida em que não compete ao Governo a promoção das alterações estatutárias pertinentes, tendo em vista a adequação dos regulamentos das escolas às novas regras decorrentes designadamente da entrada em vigor da Lei n.º 1/2003. Também não é apto um simples despacho de um Ministro para produzir quaisquer efeitos em matéria de interpretação autêntica de uma norma legal.

Igualmente não procede o argumento, constante do acima mencionado parecer dessa reitoria, de que o órgão científico deverá manter-se em funções até que os respectivos membros sejam ou possam ser substituídos, entendendo-se, até ao final do respectivo mandato. De facto, o art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 1/2003, sendo imediatamente executável e não prevendo a eleição do órgão em referência – os membros do órgão científico integram-no em razão do grau académico detido, independentemente de qualquer eleição –, apenas pode ser interpretado no sentido de estarem as escolas de ensino superior em causa vinculadas a cumprirem imediatamente – e a alterarem, se for o caso, os respectivos estatutos – o preceito em causa, com o alcance no mesmo definido, isto é, o de que o órgão científico é em cada momento composto por todos os docentes da faculdade que, nesse momento, detêm o grau académico de doutor, independentemente de qualquer processo electivo.

Relativamente ao n.º 3 do mesmo art. 8.º da Lei n.º 1/2003, aplicável aos institutos politécnicos, conclui-se, no Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 11/2003 ²⁴³ que aquele se aplica, de imediato, aos mestres e doutores que, até à publicação da Lei n.º 1/2003, não compunham os conselhos científicos, passando a integrá-los.

Aí pode ler-se: *“Como norma de reorganização, a Lei n.º 1/2003 considerou um novo universo subjectivo para os conselhos científicos (...). (...) A providência legislativa adoptada teve em vista prosseguir um interesse público no domínio do desenvolvimento e da qualidade do ensino superior. (...) A sua exequibilidade não exige a intermediação de qualquer produção normativa*

²⁴³ Publicado no Diário da República, II Série, de 5 de Junho de 2003.

ou regulamentar, sem embargo de os regulamentos das diversas escolas se deverem adequar aos actuais termos da lei. (...) A nova lei, conferindo aos mestres e doutores o poder de integrarem o conselho científico, com o consequente conteúdo em que o mesmo se materializa, tem vocação para a sua aplicação imediata. (...) E tal acontece mesmo que os estatutos não prevejam a possibilidade de tais docentes integrarem o conselho científico por, como se viu, aqueles estatutos não poderem, sob pena de ilegalidade, contrariar lei de grau superior ou a lei habilitante em que se fundam”.

Tal argumentação valerá igualmente para o n.º 2 do mesmo preceito, aqui em análise.

Por tudo o que acima fica exposto, julgo imprescindível que seja promovida alteração às normas dos Estatutos da faculdade de Arquitectura da Universidade do Porto relativas à constituição e composição do conselho científico, tendo em vista a sua adequação à norma constante do art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 1/2003, de 6 de Janeiro, no sentido de o órgão científico da faculdade, mormente o seu conselho científico, ser composto apenas pelos docentes da faculdade detentores do grau académico de doutor que, por esta razão e independentemente de qualquer processo electivo, têm direito a fazer parte do mesmo.

Sendo a norma em questão imediatamente aplicável às escolas da mesma destinatárias, deverão desde logo ser desenvolvidas as diligências necessárias à concretização, na Faculdade de Arquitectura da Universidade do Porto, do comando legal consubstanciado no art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 1/2003, independentemente da promoção da alteração estatutária assinalada.

Finalmente, sendo sensível à situação dos docentes não doutorados habilitados em áreas do saber específicas, como os que transitaram da Escola Superior de Belas Artes, recorro a V. Ex.^a que outras soluções poderão ser equacionadas para o aproveitamento dos conhecimentos específicos dessas pessoas. Entre aquelas estarão a possibilidade de participação, *sem direito a voto*, de alguns desses docentes, nas sessões do conselho científico da faculdade, ou a criação de uma estrutura, composta designadamente por esses docentes, com vocação consultiva nas referidas áreas.

Agradeço a V. Ex.^a a comunicação a propósito do assunto acima mais bem identificado, cujo teor me permitiu considerar acatado o sentido da minha anterior tomada de posição.

Visando evitar, contudo, equívocos que poderiam surgir da leitura da mesma, esclareço que nada encontro na lei que impeça a continuação do método de eleição do conselho científico. Na verdade, a norma legal em apreço manda que este órgão seja constituído apenas por doutores mas não implica, necessariamente, que todos os docentes com este grau pertençam ao mesmo. Naturalmente que, tratando-se de órgão de cariz científico, só será de admitir no colégio eleitoral quem possua a capacidade científica idêntica à que é exigida para o desempenho dessas funções. Haverá, assim, que garantir a coincidência entre a capacidade eleitoral passiva e activa no processo de eleição em causa.

R-4300/03

Assessor: João Batista

Entidade visada: Presidente da Junta de Freguesia da Foz do Douro

Assunto: Cemitério paroquial – Ossário.

Em resposta ao pedido de esclarecimentos oportunamente dirigido, vem V. Ex.^a dar conhecimento do teor de documentação na qual se consubstancia a posição adoptada nesta matéria pelo órgão autárquico ao qual V. Ex.^a preside, estribada em parecer da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte solicitado para o efeito.

Reconhecendo a pertinência das considerações inicialmente tecidas por V. Ex.^a, no que respeita à caracterização da relação de concessão perpétua dos espaços cemiteriais em causa, designadamente no que se reporta às consequências práticas do direito naquela consubstanciado, suscita-me, no entanto, em termos abstractos, algumas dúvidas a perspectiva que parece ser dada à questão da intransmissibilidade do direito de concessão das estruturas cemiteriais *sub judicio*.

De facto, considera V. Ex.^a que, contrariamente ao que acontece relativamente aos jazigos e sepulturas, “os ossários não se transmitem *inter vivos*, nem *mortis causa*”, uma vez que, em termos patrimoniais, “se ocorresse uma transmissão automática decorrente da morte, verificar-se-ia uma situação de privilégio relativamente aos concessionários dos jazigos, já que não pagariam

imposto sucessório, qualquer outro tipo de imposto, nem sequer taxa de transmissão ou averbamento, a esta Junta”.

Entende assim V. Ex.^a que o direito de concessão em causa caduca com a morte do concessionário, razão pela qual devem os seus herdeiros ou pessoa interessada na posterior inumação dos restos mortais daquele, no local anteriormente concessionado, estabelecer *ex novo* relação jurídica em tudo semelhante à anteriormente existente.

A ser de outro modo, considera V. Ex.^a que “a Junta estaria a promover um acto deveras lesivo do seu património, já que deixaria de receber, para sempre, qualquer montante, seja a que título for e, ao contrário, ainda manteria a obrigação de promover a conservação” da infra-estrutura, onde se encontra instalado o ossário.

Naturalmente que as características intrínsecas ao tipo de construção funerária em causa conferem à forma da sua utilização um carácter particular, assente em uma multiplicidade de especificidades, das quais o pressuposto da prévia inumação em sepultura ou jazigo se assume como exemplo paradigmático.

Não quer isto dizer, que o direito de concessão em causa se deva nortear, em termos interpretativos, designadamente ao nível da sua transmissibilidade, com base nas características do local sobre o qual aquele vai ser exercido.

Em bom rigor, importa ter presente que, na apreciação desta problemática, não está em causa a ponderação da transmissão do bem, mas tão só a susceptibilidade de o direito de concessão a exercer relativamente àquele espaço cemiterial vir a ser transmitido, uma vez que a ocupação consubstanciada naquele não dá lugar a um direito de propriedade civil.

Conforme bem se afirma no parecer recolhido junto da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte, a “concessão perpétua, assume a natureza de uma concessão de ocupação, de utilização ou de aproveitamento de domínio público, porque estes terrenos pertencem ao domínio público”.

Ora, relativamente ao conceito de sucessão, determina o artigo 2024.º do Código Civil, constituir a mesma o “chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida”, não havendo assim, na perspectiva do Direito das Sucessões, qualquer impedimento de raiz à transmissão de direitos, anteriormente na titularidade do *de*

cujus, como acontece, consensualmente, a propósito do direito de concessão relativamente a outros espaços cemiteriais (jazigos e sepulturas).

Entendimento este, de resto corroborado pelo parecer acima citado, ao considerar, indistintamente, que a “concessão de ocupação é transmissível por acto *mortis causa* ou *inter vivos*, desde que permitida pelo regulamento do cemitério e obedeça às regras aí estabelecidas”.

Tanto mais que o direito em questão se transmitirá, sem qualquer alteração face ao momento da morte do anterior concessionário, com todas as limitações inerentes ao seu carácter, uma vez que os espaços cemiteriais “não deixam de pertencer ao domínio público, apenas se atribuindo ao concessionário um direito privativo ao uso do terreno” (neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 57 424, de 6 de Março de 2002, processo n.º 46143).

Deste modo, face ao exposto, concluir-se-á que na herança se poderão incluir os denominados direitos reais administrativos da concessão de ocupação de determinado espaço cemiterial, indiferentemente considerado, dado o seu valor material, moral, sentimental, entre outros, com particular expressão no âmbito familiar (cfr. Dias, Vítor Manuel Lopes, *Cemitérios, Jazigos e Sepulturas*, Monografia, pg. 397).

Na verdade, o destino a dar aos restos mortais dos membros de uma comunidade não pode, nem deve, esgotar-se na preocupação inerente ao seu depósito imediato em jazigos e sepulturas, devendo aos mesmos ser assegurado, em termos futuros, um tratamento condigno, designadamente através da construção e efectiva utilização das estruturas em análise, com particular importância relativamente aos membros de uma mesma família.

Julgo deste modo correcto que na relação de concessão considerem as entidades públicas competentes, v.g. as autarquias locais, de beneficiar com a possibilidade de transmissão esta forma “de os seus titulares se fazerem sepultar, a si e aos membros da sua família, segundo a fórmula ou regime correspondente à respectiva espécie constituída” (cfr. Dias, Vítor Manuel Lopes, *Cemitérios, Jazigos e Sepulturas*, pg. 369).

Reconhece-se assim, por princípio, que a transmissão das concessões de ocupação entre particulares, não sendo livre, uma vez que “integrado o cemitério na esfera do Direito Público, considerado como coisa do domínio público, as concessões (...) que dele se façam não podem transmitir aos particulares todos os poderes jurídicos que do Direito Privado lhes resultariam se

de uma coisa privada se tratasse”, devendo “subordinar-se à lei geral ou local (regulamento)”, é, todavia, admissível (cfr. Dias, Vítor Manuel Lopes, *Cemitérios, Jazigos e Sepulturas*, pg. 385).

Não subsistindo quaisquer dúvidas relativamente ao facto de a utilização de um ossário constituir, nos termos explanados no parecer anteriormente citado e “à semelhança do que sucede com as sepulturas e jazigos, uma utilização privativa do domínio público, que carece de ser concessionada”, reconhecerá V. Ex.^a serem indubitavelmente adequadas, as considerações genericamente tecidas, nos termos que antecedem, relativamente à susceptibilidade da sua transmissão.

Reconhecimento esse de resto patente, pelo menos na sua forma embrionária, ao assumir V. Ex.^a a possibilidade “de a concessão perpétua ser feita a um casal (...) de forma a que a caducidade da concessão” ocorra “apenas, aquando da morte do último, permitindo, por isso, que, pelo menos em vida de um dos cônjuges, o mesmo possa trasladar para o ossário, os restos mortais do primeiro que falecer”, com a criação, na prática, dos efeitos decorrentes da efectiva transmissão *mortis causa* do direito em presença, na parte correspondente ao primeiramente falecido.

Assim também acontecerá, de algum modo, quando a Junta de Freguesia da Foz do Douro reconhece a possibilidade de os herdeiros do concessionário do ossário virem a estabelecer nova concessão sobre a dita estrutura, assegurando a transmissão fáctica do direito por aquele outrora exercido, o que acaba por demonstrar a inexistência de impedimento jurídico que impossibilite o reconhecimento da transmissibilidade do referido direito.

Afirma ainda o parecer atrás citado, que o “Regulamento do Cemitério não regula esta matéria em específico”, dependendo a transmissão do direito de concessão de aprovação da Junta de Freguesia, cabendo assim ao órgão autárquico ao qual V. Ex.^a preside a fixação, em sede regulamentar, dos critérios a observar nesta matéria.

É bom lembrar o interesse que há em promover a utilização de ossários, isto face aos métodos alternativos de sepultura, mais gravosos em termos de espaço ocupado (v. g. jazigos ou mesmo campas rasas).

Não há, sequer, pelo que vejo da resposta de V. Ex.^a qualquer óbice que não seja de ordem financeira.

Nestes termos, face à invocada omissão do regulamento já existente, entendo dever propor a V. Ex.^a a criação de disposição que expressamente

admita a transmissibilidade da posição de concessionário de ossário, nas mesmas condições, incluindo as financeiras que proporcionalmente se considere adequado, em que tal se permite no caso de jazigos e outras sepulturas.

R-4374/03

Assessor: João Batista

Entidade visada: Presidente da Junta de Freguesia de Alvor

Assunto: Cemitério paroquial de Alvor.

Grato pela comunicação a propósito do assunto acima mais bem identificado, cumpre, a respeito dos esclarecimentos prestados a coberto da mesma, tecer as seguintes considerações.

Afirma V. Ex.^a que, por razões que se prendem com a exiguidade do espaço afecto ao cemitério paroquial de Alvor, constituem critérios a observar na concessão das catacumbas existentes naquele local a naturalidade e residência dos requerentes, excluindo-se do acesso à concessão dos espaços cimiteriais em causa os cidadãos não naturais e não residentes na freguesia, como aparentemente parece acontecer no caso concretamente submetido à minha apreciação.

Considero, em abstracto, não ser a solução encontrada merecedora de particular censura, mais a mais face à situação de sobrelocação denunciada.

Importa, todavia, na apreciação que se tenha que fazer de pretensões similares suscitadas por não naturais e não residentes, atender às circunstâncias que contextualizam as mesmas, isto em matéria de especial melindre como é a escolha do lugar onde se deseja ser inumado ou depositado após a morte.

Aproveitando o caso concreto, é verdade que se está perante uma pessoa não residente na freguesia de Alvor e que aí também não nasceu. Contudo, em abstracto, parece-me inteiramente compreensível que, sendo o mesmo casado com uma pessoa nascida no Alvor e que aí já elegeu sepultura, obtendo a devida concessão por parte dessa Junta, pretenda ser inumado no mesmo local que esta.

●
●
●
Assuntos político-constitucionais...

Se assim, em geral, sucede quanto aos cônjuges (e, já agora, também naquelas situações que se devem considerar equiparadas ao casamento, também para estes efeitos), é possível compreender também desejos e motivações análogas, de respeitar, noutro tipo de relações familiares, de que destaco a situação de pais e filhos.

Assim, sem prejuízo de, como afirmei, considerar correcta a base decisória a este respeito fixada, entendo apelar a essa junta de freguesia para que use de especial maleabilidade na aplicação desse critério de decisão quando as situações em causa sejam materialmente dotadas de atendibilidade suficiente, em termos que revelem uma afinidade afectiva evidente para com a freguesia ou para quem aí goza de sepultura.

R-762/04

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Instituto de Reinserção Social

Assunto: Estabelecimento Prisional de Alcoentre – envio de relatórios ao TEP.

Na sequência de contacto telefónico com essa equipa, cuja colaboração se agradece, foi possível constatar a tardia apresentação do relatório respeitante à apreciação da liberdade condicional, aos 2/3 da pena, do recluso... .

Na verdade, atingido esse termo em 26 de Novembro, só em Janeiro, isto é, mais de um mês depois, deu entrada no TEP competente o relatório exigido por lei.

Tendo presente o disposto no art. 484.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, cujo termo aí fixado se mostra, assim, ultrapassado em mais de três meses, é necessário, inclusivamente para efeitos de interiorização do dever de obediência ao Direito por parte dos reclusos, o cumprimento estrito pela Administração do que está legalmente estatuído, dando, assim, o exemplo que se impõe.

Permito-me, assim, chamar a atenção de V. Ex.^a para que, na medida das possibilidades dadas pelos recursos de que dispõe, seja garantido um envio atempado, preferencialmente de acordo com o determinado pela norma em causa, mas sempre antes de completado o termo em relação ao qual se preenche o requisito temporal para concessão da liberdade condicional.

R-762/04

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Director do Estabelecimento Prisional de Alcoentre

Assunto: Apreciação de liberdade condicional – relatórios.

Acuso a recepção do ofício que se agradece e cujo teor merece os seguintes comentários.

Dispõe o art. 484.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que os relatórios imprescindíveis à boa apreciação da liberdade condicional de determinado condenado devem ser remetidos até dois meses antes da data em que é possível essa concessão.

Foi possível, assim, constatar a tardia apresentação do relatório respeitante ao recluso acima identificado, só entregue no TEP cerca de quinze dias após a data em que se perfaziam os 2/3 da pena e, assim, dois meses e meio após a data em que tal acto seria devido.

É certo que tal omissão não causou, em concreto, qualquer prejuízo, já que sempre faltaria o relatório do IRS, só apresentado em Janeiro.

Tendo presente o disposto no citado art. 484.º, n.º 1, é necessário, inclusivamente para efeitos de interiorização do dever de obediência ao Direito por parte dos reclusos, o cumprimento estrito pela Administração do que está legalmente estatuído, dando, assim, o exemplo que se impõe.

Permito-me, assim, chamar a atenção de V. Ex.^a para que, na medida das possibilidades dadas pelos recursos de que dispõe, seja garantido um envio atempado, preferencialmente de acordo com o determinado pela norma em causa, mas sempre antes de completado o termo em relação ao qual se preenche o requisito temporal para concessão da liberdade condicional.

R-2625/04

Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Ministro da Educação

Assunto: Relevância das classificações obtidas na 2.^a fase dos exames nacionais do 12.º ano no concurso de acesso ao ensino superior.

Reporto-me à questão enunciada em epígrafe e que agora foi colocada à minha consideração.

Resultava já do Despacho de Vossa Excelência com o n.º 1804/2004 (2.ª série), publicado em 27 de Janeiro p. p., especificamente no seu n.º 8, b), 1.ª parte, o estabelecimento de uma distinção no universo dos alunos que efectuam os exames nacionais do 12.º ano na sua segunda fase, em termos de relevância das respectivas classificações para o concurso de acesso ao ensino superior.

Assim, permitia-se explicitamente a todos alunos que realizem as provas da 2.ª fase, desde que não seja para melhoria de nota, a apresentação à 1.ª fase do concurso com as classificações aí obtidas.

Tal solução foi acolhida, nesses mesmos termos, pelo Decreto-Lei 76/2004, de 27 de Março, ao conferir nova redacção ao art. 42.º, n.º 2, do Decreto-Lei 296-A/98, de 25 de Setembro.

Julgo não estar longe da verdade ao admitir que esta limitação, de algum modo, pretende desincentivar o recurso à 2.ª fase de exames, afastando desde logo a possibilidade de a usar para melhoria de nota na mais comum das situações, isto enquadrado nas peculiaridades decorrentes das regras quanto à disponibilização de vagas para a 2.ª fase do concurso em causa.

Também será legítimo considerar que a situação dos alunos que pretendem melhorar a nota não é materialmente a mesma daqueles outros alunos que, não tendo realizado o exame na 1.ª fase ou tendo no mesmo reprovado, não possuiriam condições para oposição à 1.ª fase do concurso. Tal distinção de situações de base permitirá considerar como justificada a diferenciação de direito assim estabelecida.

Não critico, assim, a substância do sistema adoptado, que se poderá traduzir numa regra de que qualquer aluno dispõe de duas possibilidades para aprovação mas só pode usar a primeira classificação que dê azo à apresentação de candidatura, isto na 1.ª fase do concurso.

O recentemente publicado Decreto-Lei 158/2004, de 30 de Junho, matiza a inflexibilidade desta regra, autorizando o uso da nota melhorada na 2.ª fase, desde que o mesmo exame não tenha sido realizado na 1.ª fase, ou seja, para os alunos que concluíram o 12.º ano em anos precedentes.

Julgo, no entanto, que há uma zona mais cinzenta em que potenciais injustiças podem ser criadas. Refiro-me a um caso, hipotético mas bem possível, de dois candidatos em que um obtém uma classificação de 10 na prova da 1.ª fase e o outro 9. Este último candidato poderá beneficiar mais com essa

reprovação, já que uma segunda oportunidade permitirá, eventualmente com mais estudo pelo tempo disponível, alcançar classificação superior à que o outro aluno obteve.

Dir-se-á que o 2.º aluno está numa situação diversa da do 1.º, já que aquele reprovou na 1.ª fase. Todavia, creio que deveria a Administração Educativa possibilitar que o 1.º aluno não ficasse prejudicado por ter obtido uma aprovação rasante, com uma classificação baixa que, eventualmente, poderá não ter qualquer interesse para a candidatura aos cursos ou estabelecimentos pretendidos.

Assim, proponho a Vossa Excelência que, mediante a alteração normativa necessária, possibilite aos alunos aprovados na 1.ª fase a opção pela recusa da classificação aí obtida, apresentando-se, nestes termos, à prova da 2.ª fase em situação absolutamente idêntica à dos alunos compreendidos na 1.ª parte do n.º 8, b), do despacho a que me reporto.

Não creio que esta alteração conduza a que número apreciável de alunos opte por esta via. Todavia, terá a mesma a vantagem de colocar em posição de rigorosa igualdade todos quantos, para além de concluírem o 12.º ano, estão envolvidos em concurso tão melindroso como é o do acesso às vagas do ensino superior público.

Naturalmente que, dada a data em que nos encontramos, compreendo a dificuldade que possa existir em aplicar esta solução aos exames que agora decorrem.

Foi comunicado o acatamento das preocupações que sustentavam a sugestão apresentada, informando-se que estaria a ser diligenciada a alteração regulamentar necessária para que, no concurso de ingresso no ensino superior para o ano 2005/2006, só pudesse ser utilizada a classificação obtida na 2.ª fase dos exames do ensino secundário por parte de quem não se tivesse apresentado à 1.ª fase dos mesmos.

R-3157/04

Assessor: João Batista

Entidade visada: Presidente da Junta de Freguesia de Fânzeres

Assunto: Cemitério de Fânzeres – Jazigo – inumação.

No seguimento da comunicação remetida a este órgão do Estado, que se agradece, cumpre, a propósito dos esclarecimentos prestados a coberto da mesma, tecer as seguintes considerações.

Afirma V. Ex.^a que, aquando da inumação, em Maio de 2003, dos restos mortais de A, encontrava-se o jazigo acima mais bem identificado ainda registado a favor de B, desconhecendo a Junta de Freguesia à qual V. Ex.^a preside, “os sucessores do titular do alvará, dado que nenhum interessado reclamou o dito jazigo”.

Mais alega V. Ex.^a que C, requerente do acto fúnebre contestado, terá declarado, sem mais, “ser herdeiro do jazigo e que para além disso tinha o consentimento dos restantes herdeiros para a inumação” em causa, em termos aceites por essa Junta de Freguesia uma vez que “a autorização de inumação em determinado jazigo não é compatível com eventuais diligências que a entidade administradora do cemitério entendesse levar a efeito para confirmar as declarações prestadas por um interessado em determinada inumação”.

No tocante a esta matéria, estabelece taxativamente o artigo 38.º do Decreto n.º 48 770, de 18 de Dezembro de 1968, que “as inumações, exumações e trasladações a efectuar em jazigos ou sepulturas perpétuas dependem de *autorização expressa* do concessionário ou de quem legalmente o represente”.

Ainda de acordo com aquele preceito, desta feita no seu § 1.º, “sendo vários os concessionários, a autorização poderá ser dada por aquele que estiver de posse do título”.

Ora, atendendo às circunstâncias enunciadas por V. Ex.^a, contextualizadoras da realização do acto fúnebre em causa, constata-se não ter sido, antes de mais, feita prova pela requerente da sua qualidade de sucessora de B, designadamente através da exibição de escritura pública relativa à respectiva habilitação de herdeiros e, como tal, de concessionária do espaço cemiterial em causa.

Além disso, mesmo que estivesse assegurada a legitimidade daquela nos termos que antecedem, ainda de acordo com a análise do diploma legal acima citado, importa considerar que, sendo vários os herdeiros e não se mostrando objecto de partilha a concessão do jazigo em questão, parte-se do pressuposto que, à luz do disposto no § 1.º do artigo 38.º do Decreto n.º 48 770,

de 18 de Dezembro de 1968, C não tinha na sua posse o alvará da concessão do espaço cemiterial em causa.

Decorre assim do regime legal em vigor nesta matéria, pender sobre a entidade responsável pela administração do cemitério o dever de verificar comprovadamente, e de forma prévia à autorização para a realização de qualquer acto fúnebre, a legitimidade dos requerentes, por forma a evitar a violação dos direitos dos particulares, concessionários dos espaços cemiteriais sob a sua gestão.

Violação essa que, a ocorrer, como veio a acontecer no caso *sub judicio*, implica desde logo e em termos práticos, a impossibilidade objectiva de realização de qualquer outro acto fúnebre no local concessionado, por um prazo nunca inferior a 3 anos, comprometendo assim os termos da sua concessão.

Tudo isto ainda assume contornos mais melindrosos, quando a sepultura estava já ocupada com restos mortais de familiares já falecidos, numa situação que toca sentimentos que a lei pretendeu inequivocamente acarinhado de forma especial.

Nestes termos, atendendo ao exposto, devo chamar a especial atenção de V. Ex.^a para a necessidade de a Junta de Freguesia de Fânzeres, enquanto entidade responsável pela administração do cemitério paroquial em causa, vir a adoptar mecanismos de controlo da identidade e legitimidade dos requerentes da prática de qualquer acto fúnebre que, de forma indubitável, permitam acautelar o interesse dos particulares envolvidos na sua realização, assim como o interesse público que, em matéria particularmente sensível como a relativa ao culto dos mortos, também deve presidir à actuação dos órgãos autárquicos.

Mais chamo a atenção de V. Ex.^a para a conveniência de, no caso em apreço, atendendo à conduta adoptada pelos serviços competentes dessa Junta de Freguesia, uma vez volvido o prazo mínimo legalmente estabelecido para a exumação dos restos mortais de A, seja adoptada uma conduta inteiramente colaborante, nos limites da lei, tendo em conta a obrigação de minimização das consequências do erro cometido.

Permito-me, ainda, solicitar que seja dada a maior atenção, em caso de realização da exumação, à possibilidade eventual de destrinça dos restos mortais das várias pessoas aí inumadas.

Entidade visada: Presidente da Direcção da Associação Nacional de Freguesias

Assunto: Emissão de certidão – Juntas de freguesia – Cidadãos estrangeiros.

No seguimento de algumas exposições apresentadas junto deste órgão do Estado, tenho vindo a tomar conhecimento do tratamento por vezes dispensado, por algumas juntas de freguesia, a pedidos de emissão de certidões formulados por cidadãos estrangeiros que pretendem ver atestada a sua residência nas respectivas circunscrições administrativas.

Observa-se a este respeito alguma dificuldade ou mesmo recusa da sua obtenção, salvo se o requerente provar que possui título válido que permita considerar como assente a regularidade da permanência daquele em território português.

Estabelece o artigo 34.º, n.º 6, alínea *p*), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na redacção dada pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro, a propósito da definição do quadro de competências das autarquias locais, assim como do regime jurídico de funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias, competir à junta de freguesia “passar atestados nos termos da lei”.

Na concretização deste dispositivo legal, determina o artigo 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, na redacção do Decreto-Lei n.º 29/2000, de 13 de Março, que veio a estabelecer os princípios gerais de acção a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua actuação face ao cidadão, que “os atestados de residência, vida e situação económica dos cidadãos (...) devem ser emitidos desde que qualquer dos membros do respectivo executivo ou da assembleia de freguesia tenha conhecimento directo dos factos a atestar, ou quando a sua prova seja feita por testemunho oral ou escrito de dois cidadãos eleitores recenseados na freguesia ou, ainda, mediante declaração do próprio”.

Resulta assim de uma análise sistemática do quadro legal vigente, enformador desta matéria, que sendo as juntas de freguesia competentes para a emissão de atestados de residência, nos moldes vertidos nas disposições acima citadas, não podem as mesmas recusar o exercício daquela competência, com base no estatuto jurídico do cidadão estrangeiro requerente, situação essa em que se estará a ultrapassar, manifestamente, o âmbito material das atribuições a estas legalmente reconhecidas, denegando àqueles o exercício de direitos fundamentais.

Na verdade, o que está em causa na actividade administrativa em questão é a certificação de uma situação de facto a que a lei confere relevância jurídica para os mais variados aspectos. Na certificação desse facto, que é o de determinada pessoa ter a sua vida organizada no território da freguesia, aí estando alojada, nenhum juízo quanto à regularidade da permanência em Portugal é necessário previamente nem quaisquer efeitos a este respeito decorrem da certificação.

Assim, para se verificar que determinada pessoa habita em certo local não releva a situação em que administrativamente está colocada perante o Estado português. Tão pouco a certificação desse facto acrescenta ou retira seja o que for às condições de regularidade dessa presença. Um residente, por mais irregular que seja, tem tanto direito a obter a certificação desse facto como um cidadão português ou um estrangeiro devidamente regularizado, não sendo pela posse do atestado de residência que a sua situação de base se modifica.

É de notar, aliás, que a actividade de controlo e autorização da permanência em território nacional compete exclusivamente ao Estado, não podendo as autarquias locais, a este respeito, exercer qualquer papel.

Não resulta da legislação que actualmente regula a emissão, pelas juntas de freguesia, de atestados de residência, qualquer dependência da situação jurídica em que os requerentes se encontram, ao abrigo do regime de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional, vertido no Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção actual do Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro.

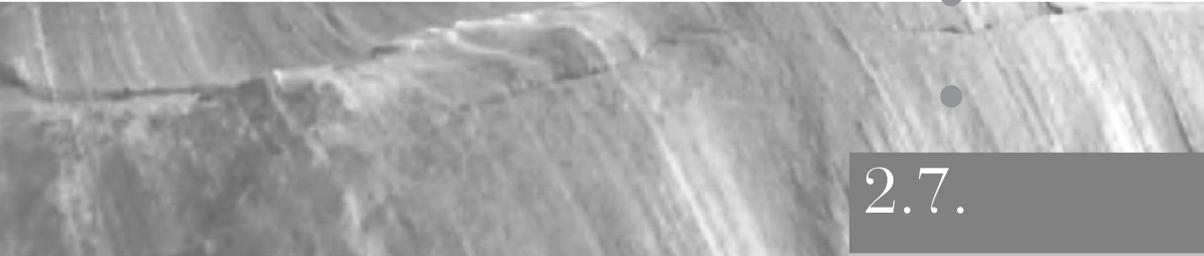
Trata-se, tão somente, de praticar acto que, definido nos seus exactos termos na legislação acima compulsada, se assume como meramente instrumental, na sua função declarativa, na salvaguarda dos interesses e direitos legal e constitucionalmente reconhecidos também aos cidadãos estrangeiros, independentemente da sua condição e que, necessariamente, importa acautelar.

De acordo com a factualidade traçada, destinam-se os documentos solicitados nos termos que antecedem, não raras vezes, à apresentação de pedidos de regularização da permanência dos requerentes (prova das condições de alojamento), bem como à instrução, entre outros, de pedidos de inscrição em centros de saúde, assegurando assim, conforme o disposto no n.º 4 do Despacho n.º 25.360/2001, de 16 de Novembro, publicado no Diário da República n.º 286, II Série, de 12 de Dezembro, a exequibilidade do acesso, por parte daqueles, aos cuidados de saúde.

●
●
●
Assuntos político-constitucionais...

Veja-se, como mero exemplo, a necessidade de garantir aos estrangeiros que não sejam titulares de título legal bastante que os habilite a permanecer regularmente em território nacional, o “acesso aos serviços e estabelecimentos do” Serviço Nacional de Saúde, o que é possível “mediante a apresentação junto dos serviços de saúde da sua área de residência de documento comprovativo, emitido pelas juntas de freguesia, nos termos do disposto no art. 34.º, do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, de que se encontram em Portugal há mais de noventa dias” (Cfr. Despacho n.º 25.360/2001, de 16 de Novembro, publicado no Diário da República n.º 286, II Série, de 12 de Dezembro).

Nestes termos, tendo presente a dificuldade de identificar todas as juntas de freguesia que adoptam a conduta que aqui contexto, permito-me solicitar a V. Ex.^a que, pelo modo que entender mais conveniente, seja divulgado este entendimento pelas autarquias associadas da Associação Nacional de Freguesias.



2.7.

Unidade de projecto
menores, mulheres, idosos,
cidadãos com deficiência
Linha verde “Recados
da Criança”
Linha do Cidadão Idoso

Coordenador:

Miguel Menezes Coelho

Técnicas:

Vera Burnay

Teresa Cadavez

Michelle Lopes

Patrícia Barbosa

2.7.1. Introdução

(A)

Considerações gerais

1. No mês de Abril de 2004 iniciou funções, sob a designação de **Unidade de Projecto**, este sector da Assessoria da Provedoria de Justiça, o qual foi especialmente incumbido do tratamento dos processos relativos aos direitos dos menores, dos cidadãos idosos, dos cidadãos portadores de deficiência e, ainda, aos direitos das mulheres. Do mesmo passo, passaram a estar funcionalmente integrados na Unidade de Projecto os serviços de atendimento telefónico ‘Linha Verde Recados da Criança’ (LVRC) e ‘Linha do Cidadão Idoso’ (LCI), apesar de manterem a estrutura já preexistente, com uma responsável e uma colaboradora cada uma, sendo a **coordenação da actuação das linhas** feita através do acompanhamento do tratamento das denúncias e do planeamento de intervenções mais abrangentes.

2. Por outro lado, os assuntos tratados pela LVRC e pela LCI e, mais ainda, a observação que é propiciada sobre a acção das diversas entidades públicas que actuam nos domínios dos direitos dos menores e dos idosos, constituem um meio privilegiado para tomar conhecimento dos problemas que devem merecer uma mais abrangente intervenção deste órgão do Estado, designadamente através de processos da iniciativa própria do Provedor de Justiça.

3. Também passou a ser da responsabilidade da Unidade de Projecto a ligação às **organizações internacionais** de que a Provedoria de Justiça faz parte e que actuam nos domínios mencionados, destacando-se os casos da ENOC – European Network of Ombudsman for Children e da Rede de Mulheres da FIO – Federação Ibero-americana de Ombudsman.

4. Ao fim dos primeiros oito meses de funcionamento apenas 20 processos abertos neste órgão do Estado em 2004 eram relativos às matérias atrás referidas, o que corresponde a pouco mais de **2,5% do total de processos** da Provedoria de Justiça. Em termos de pendências, os 11 processos que estavam



●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

em instrução no último dia do ano de 2004 correspondiam, *grosso modo*, a percentagem idêntica dos totais anuais.

5. Mas registre-se, também, que a situação relativa à diminuta pendência processual da Unidade de Projecto também pode ser explicada, pelo menos em parte, pela circunstância de serem contabilizadas em outra sede as intervenções asseguradas directamente pelos serviços telefónicos dedicados às crianças e aos idosos, sabendo-se que as Linhas recebem a quase totalidade das denúncias sobre aquelas matérias, na medida em que elas chegam à Provedoria de Justiça preferencialmente através de contactos telefónicos. De facto, em 2004 as Linhas trataram um **total de 156 fichas** (72 da LVRC e 84 da LCI).

(B)

Coordenação da actuação das linhas telefónicas

6. Na medida em que a Linha Verde Recados da Criança e a Linha do Cidadão Idoso ficaram integradas, organicamente, neste sector da assessoria, a tarefa de coordenar estes serviços de atendimento telefónico da Provedoria de Justiça passou a constituir uma das principais tarefas do responsável pela Unidade de Projecto e, sendo relevante distinguir o tratamento dado às mesmas matérias, por um lado, na Unidade de Projecto propriamente dita e, por outro, nas linhas telefónicas LVRC e LCI, importa deixar feita a seguinte explicação:

a. o acesso a ambas as linhas telefónicas é marcadamente expedito e desburocratizado, ao ponto de dispensar que os denunciante sejam obrigados a reduzir a queixa a escrito. De facto, a quase totalidade das denúncias é apresentada telefonicamente;

b. ao contrário do que acontece com as demais queixas em instrução na Provedoria de Justiça (que estão submetidas ao disposto no artigo 25.º, n.º 1, do Estatuto), nas linhas os denunciante não carecem de apresentar identificação;

c. aliás, nas linhas é até aceite, pacificamente, o anonimato dos denunciante, uma vez que, de outra forma, muitas situações de perigo ou de risco nunca seriam denunciadas;

d. ademais, as linhas visam dar resposta pronta a situações de risco ou de perigo que, geralmente, impõem um tratamento muito célere – privilegiadamente telefónico e complementarmente via fax – e, também, fazer a divulgação, em especial junto dos seus públicos-alvo, do conjunto de direitos e benefícios que assistem aos menores e aos idosos;

e. Já a Unidade de Projecto pretende assegurar um tratamento de cariz acentuadamente mais técnico-jurídico dos assuntos relevantes para os menores, idosos, deficientes e mulheres, os quais podem ter sido suscitados, ou não, no decurso da actividade das linhas.

7. Assim sendo, a actividade da Unidade de Projecto propende para um tratamento mais global e mais abrangente das matérias, ao passo que as linhas visam dar resposta aos casos concretos que são denunciados, *maxime* às situações urgentes ou que se reportam a pessoas em situação de risco, de um modo informal e expedito, encaminhando os assuntos para a entidades públicas materialmente competentes para a sua resolução.

§ 1.

LVRC – Linha Verde “Recados da Criança”

8. Um dos corolários da liberdade de expressão consagrada na Convenção dos Direitos da Criança é a liberdade de procurar, receber e expandir informações, designadamente, sobre os direitos dos menores e os meios e recursos disponíveis para a sua promoção, defesa ou reivindicação. Por este facto, é relevante constatar que, ao longo do ano que agora findou, subsistiu algum desconhecimento, não só por parte dos reclamantes mas, também, por parte de entidades públicas visadas, relativamente à recente reforma do sistema legal de protecção dos menores, circunstância que explica que a maioria das pessoas que contactou a Linha para obter informações, ou para relatar situações de risco, tivesse revelado total ignorância sobre as entidades com competência para actuar nos casos denunciados, designadamente sobre a existência e poderes das comissões de protecção de crianças e jovens.

9. Neste contexto, a divulgação dos meios e dos recursos disponíveis para a defesa e promoção dos direitos da criança constituiu uma importante vertente da actuação da linha que se concretizou, por um lado, no esclareci-

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

mento dos princípios subjacentes à intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude, por outro, na identificação das instituições cuja função é a promoção e a defesa dos direitos da criança e, finalmente, na procura da medida de acção mais adequada para a salvaguarda das necessidades de protecção dos menores.

10. Mas, se a LVRC pretende dar resposta ao direito da criança à liberdade de expressão, expressamente contemplado no artigo 13.º da Convenção dos Direitos da Criança e no artigo 2.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança (e reflexamente vertido na alínea *h*) do artigo 4.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro de 1999), existe a consciência de que também as crianças e os jovens desconhecem os seus direitos ou, simplesmente, não dispõem dos meios ou das possibilidades para os reivindicar ou fazer valer. Para estes, resta, então, a esperança da **queixa apresentada por um terceiro, maior de idade**.

11. Contudo, mesmo relativamente a cidadãos adultos, continua a ser proeminente o **receio de retaliações pessoais** e o facto de, tantas vezes, este medo se sobrepôr ao interesse ou ao sentido de protecção das crianças. Assim, não raras vezes, acontece que as pessoas procuram na LVRC um substituto para a concretização das comunicações às entidades policiais ou administrativas que pretendem fazer.

12. Das diversas questões colocadas à linha podem destacar-se, por ordem decrescente, as relativas à regulação do poder paternal; a maus tratos físicos e psíquicos; a negligência quanto à segurança, saúde, sustento e educação; a medidas de protecção, medidas tutelares cíveis, medidas tutelares educativas; a problemas comportamentais de menores (e consequente necessidade de acompanhamento terapêutico); a problemas escolares; a carências familiares e consequente necessidade de apoio por parte dos serviços sociais; a abusos sexuais e exposição sexual; a exposição do menor a um ambiente de violência doméstica; a visitas de avós aos menores; a exposição de menores a modelos de comportamentos desviantes, entre outros.

Questões Colocadas

Assunto	Porcentagem
Regulação do poder paternal	26,4%
Maus tratos físicos e psíquicos	17%
Negligência quanto à segurança, saúde, sustento e educação	11,4%
Medidas de protecção, tutelares cívicas e tutelares educativas	9,6%
Problemas de comportamento do menor	8,8%
Problemas escolares	5,2%
Carências familiares	4,3%
Abusos sexuais e exposição sexual	3,3%
Exposição a ambiente de violência doméstica	2,4%
Visitas de avós	2,3%
Exposição a modelo de comportamento desviante	2,3%
Adopção	2%
Exploração de trabalho infantil e mendicidade	1,3%
Ama ou infântario ilegal	0,8%
Abuso de autoridade	0,8%
Mau funcionamento de CPCJ	0,1%
Colocação de menor em ama ou creche	0,1%
Atrasos judiciais	0,1%
Registo	0,1%

13. Quanto à média diária de telefonemas, situou-se nas 10 (correspondentes a 5 chamadas feitas e outras tantas recebidas).

Chamadas recebidas em 2004

Resolvidas por telefone	Relacionadas com fichas	Relacionadas com processos formais	Outras	Média diária	TOTAL
1119	128	8*	589	5**	1844

* Em 2004 a LVRC deixou de ter a seu cargo processos formais.

** Foram considerados, para este cômputo, 365 dias.

14. Num total de 1844 chamadas recebidas no ano que findou, cerca de 60% (1119) versou assuntos que foram resolvidos através de chamadas telefónicas, tendo sido possível, designadamente, proceder ao enquadramento

Unidade de projecto menores, mulheres...

legal da questão, informar os reclamantes sobre as entidades competentes ou, mesmo, encaminhar o assunto para estas, sendo logo assegurado o contacto entre a LVRC e o organismo habilitado para resolver a questão.

15. Por outro lado, quase 7,0% (128) foram relativas a assuntos tratados em fichas, os quais careceram, portanto, de análise prévia relativamente ao respectivo fundamento e admissibilidade, e que também implicaram a realização de diligências necessárias à comprovação dos elementos da denúncia. Deve esclarecer-se que, nestas situações, a LVRC comunica o caso às entidades competentes para actuar, solicitando a sua intervenção e pedindo que, posteriormente, a Provedoria de Justiça seja informada sobre as diligências realizadas, as medidas tomadas e os resultados alcançados.

16. Correspondendo a 0,4% das chamadas, foram recebidos 8 telefonemas que conduziram à abertura de processo. Contudo, uma vez que as linhas deixaram de instruir processos, estes passaram a estar contabilizados nos dados referentes à Unidade de Projecto.

17. Em “outras” estão contabilizadas 589 chamadas, correspondentes a 31,9% do total, realizadas por pessoas com propósitos diversos, designadamente, de mera conversação ou desabafo ou, mesmo, motivos não sérios.

Chamadas Efectuadas

Para entidades	Para utentes	Média diária	TOTAL
1036	240	5*	1276

* Considerados apenas os dias úteis.

18. No que concerne às chamadas realizadas pela LVRC, cerca de 81% (1036) disseram respeito a contactos feitos para as entidades visadas e cerca de 19% (240) foram dirigidos aos reclamantes ou denunciantes.

Fichas

Pendentes em 1.1.2004	Abertas	Concluídas	Pendentes em 31.12.2004
27	45	37	35

19. Em termos globais, o balanço sobre o número de fichas abertas em cada ano na LVRC não pode ser dissociado do cômputo, em simultâneo, das chamadas telefónicas recebidas e dos assuntos que foi possível resolver imediatamente. Nesta última categoria, repete-se, estão incluídos os casos de prestação de informações e de encaminhamento dos assuntos para as entidades com competência para assegurar uma resposta adequada.

20. De qualquer modo, em 2004 a LVRC tratou de 72 fichas, das quais logrou concluir 37 tendo as restantes, naturalmente, transitado para o presente ano.

§ 2.

LCI – Linha do Cidadão Idoso

21. Em 2004, as solicitações chegadas à LCI continuaram a ser, maioritariamente, provenientes de pessoas residentes em grandes áreas urbanas, nomeadamente, Lisboa (25% das chamadas) e Porto (11%). Seguiram-se, a larga distância, as regiões de Setúbal (4%) e de Braga (2%).

22. No que se refere às questões que mais vezes foram suscitadas deve notar-se que não ocorreu alteração significativa relativamente aos anos anteriores, mantendo-se os pedidos de informação de cariz jurídico como principal assunto abordado nas chamadas, seguido da matéria do apoio domiciliário, da saúde, dos lares de idosos, dos maus tratos, do serviço Telealarme e do abandono.

Questões colocadas

Assunto	Percentagem
Informações jurídicas	9%
Apoio domiciliário	7%
Saúde	7%
Lares de Idosos	7%
Maus tratos	6%
Telealarme	4%
Abandono	3%

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

23. Ainda assim, manteve-se a tendência de crescimento do número de casos de maus tratos e de questões respeitantes à capacidade jurídica das pessoas idosas e à necessidade de representação em situações de incapacidade e, em termos do número total de telefonemas e, como será explicado adiante, a LCI teve, em média, 20 chamadas telefónicas por dia (das quais 8 foram recebidas e 12 feitas para utentes e entidades visadas).

Chamadas recebidas em 2004

Sérias	Enganos	Média diária	TOTAL
2918	122	8*	3040

* Foram considerados, para este cômputo, 365 dias.

24. Durante o ano que findou foram recebidas 3040 chamadas das quais apenas 4% corresponderam a enganos, pelo que as restantes 2918 (96%) reportaram-se a questões susceptíveis de tratamento pela Linha.

25. Estas chamadas telefónicas recebidas corresponderam, em média, a 8 telefonemas diários (considerando não somente os dias úteis mas todos os 365 dias do ano, uma vez que é disponibilizado um gravador de chamadas).

Chamadas efectuadas

Para entidades	Para utentes	Média diária	TOTAL
2339	1036	12*	3375

* Considerados apenas os dias úteis.

26. Em 2004, a LCI realizou 3375 chamadas, das quais 1036 (30,6%) para utentes e 2339 para entidades, correspondentes a 69,3% do total. Todas as chamadas feitas corresponderam a uma média de 12 telefonemas diários.

Fichas

Pendentes em 1.1.2004	Abertas	Concluídas	Pendentes em 31.12.2004
10	74	55	29

27. Em 2004, a LCI instruiu 84 fichas, tendo conseguido concluir o tratamento de 55.

No campo dos direitos dos cidadãos idosos a actividade da LCI permitiu identificar três aspectos da legislação que devem merecer, pelo menos, intervenções pontuais, simplificadoras e clarificadoras, a saber:

- a) por um lado, a necessidade de tornar exequíveis os institutos da **representação legal dos idosos** (em especial, nas vertentes da inabilitação e da interdição), uma vez que os casos em que os idosos não estão em condições de autoregularem a sua própria vida não se compadecem com os prazos comuns dos processos judiciais;
- b) por outro lado, o desenvolvimento dos **deveres dos descendentes para com ascendentes**, à semelhança do que está legislado em matéria de irrenunciabilidade do poder paternal, designadamente nas situações de carência económica ou de diminuição das faculdades físicas e psíquicas dos ascendentes;
- c) e, finalmente, a supressão do vazio legislativo relativamente às situações de acolhimento em **instituição de idosos em número inferior a quatro**. Com efeito, nestes casos os estabelecimentos estão dispensados de licenciamento, circunstância que desprotege os idosos acolhidos. Importa frisar que, neste último caso, não podendo ser aplicada a legislação relativa aos lares de idosos é imperiosa a adopção de medidas para precaver casos de negligência de cuidados, de maus tratos e de outros perigos para o conforto e segurança dos idosos.

(C)

Conclusões sobre entidades reclamadas e visadas

28. Atendendo ao diminuto número de processos organizados em 2004 não é possível ir muito além de uma análise preambular da

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

actuação das diversas entidades visadas nos processos tratados na Unidade de Projecto.

29. Na matéria dos **direitos dos menores** pode afirmar-se ser urgente proceder a acertos na acção das comissões de protecção de crianças e jovens (CPCJ) – e também, naturalmente, na actividade da Comissão Nacional de Crianças e Jovens em Risco (CNCJR) –, na medida em que, não obstante poder destacar-se o facto da rede nacional de CPCJ ter logrado dar resposta ao grosso das situações que foram sinalizadas (conclusão que resulta da circunstância de ter sido possível testemunhar a resolução da quase totalidade dos casos que, em 2004, a LVRC transmitiu às comissões de protecção), subsiste um sério problema de falta de meios, tanto materiais como humanos, acrescido, neste último caso, pela **sobrecarga horária** que é constantemente exigida aos membros das comissões, designadamente, em resultado da incompreensão das chefias dos serviços de origem quando não cuidam de aliviar algumas obrigações laborais dos funcionários que são, simultaneamente, membros das comissões de protecção.

30. Na verdade, seria conveniente tentar resolver a matéria da colaboração que é necessário garantir por parte dos serviços de origem para que funcionários que estão, também, nas CPCJ possam **articular** devidamente as respectivas actuações, sendo evidente que – quase sempre – os assuntos de menores em risco ou em perigo não podem deixar de ser prioritários para os membros das comissões.

31. Outra questão relevante é a do auxílio especializado que, cada vez mais, é reclamado e exigido à Comissão Nacional pelas CPCJ, não podendo deixar de se evidenciar a necessidade de ser criado um programa de **acções de formação** pensado para os membros das comissões de protecção. Com efeito, o carácter exclusivo e indispensável da **Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Risco** (CNPCJR) ao nível do acompanhamento e do apoio a todas as comissões de protecção, converte-a em um vínculo insubstituível na formação e na informação, designadamente, nos domínios da promoção dos direitos e da protecção das crianças. Contudo, a conexão da CNPCJR aos elementos das várias comissões de protecção tem sido muitíssimo insuficiente, circunstância resultante, em parte, da carência dos meios técnicos e financeiros necessários para o desenvolvimento das competências que lhe estão cometidas por lei.

32. Por outro lado, foi constatada a falta de instituições actuando no âmbito do sistema de protecção que estejam vocacionadas para acolher **menores com idade superior a 12 anos**, sobretudo nos casos em que eles manifestaram comportamentos de risco.

33. Quanto aos **idosos**, deve referir-se a importante intervenção das diversas direcções regionais de segurança social (com preponderância para os organismos com competência fiscalizadora) mas, neste domínio, não será abusivo afirmar que um dos problemas principais resulta da falta de instituições públicas disponíveis para acolher os idosos que estão em instituições ilegais ou incumpridoras dos requisitos essenciais (designadamente em termos de segurança), facto que tem impossibilitado, em muitos casos, que as medidas de encerramento compulsivo já decididas sejam efectivadas.

34. Dos contactos realizados com os serviços de acção social da segurança social foi possível notar, também aqui, **insuficiências materiais**, em especial ao nível de viaturas de serviço, devendo chamar-se a atenção, neste aspecto, para as implicações desta situação na concretização de diligências externas, uma vez que ela é susceptível de acarretar demoras graves. Esta situação foi especialmente notada no decurso da actuação da Linha do Cidadão Idoso mas, uma vez que os serviços de acção social também podem ser chamados a intervir relativamente a casos de menores, não é de excluir a susceptibilidade dela afectar, igualmente, crianças em risco.

35. Para além daquela insuficiência de meios materiais (*maxime*, de veículos automóveis) nos serviços de acção social local, também o elevado número de casos que estão entregues a cada técnico dos serviços locais não permite o acompanhamento tão próximo e célere de cada situação quanto seria desejável.

36. Sintomaticamente, apenas foi tratado um processo sobre assuntos relativos aos **direitos das mulheres** (em que era reclamada a actuação ilegal de uma autarquia susceptível de prejudicar uma mulher por causa de problemas laborais anteriores entre a mesma chefia administrativa e o marido da interessada) mas, deve notar-se, no campo das queixas sobre violação dos direitos das mulheres, os factos potencialmente denunciados podem constituir, ao mesmo tempo, ilícitos criminais, ficando afastada, naqueles casos, a possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça.

37. Quanto aos **direitos dos cidadãos com deficiência**, pode referir-se um caso satisfatoriamente resolvido em que o reclamante pretendia que

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

o Estado subsidiasse a instalação de apoios técnicos na respectiva viatura particular (o que veio, efectivamente, a acontecer) para, depois, poder frequentar acções de formação profissional susceptíveis de o preparar para o mercado de emprego, em condições de igualdade relativamente aos demais cidadãos. Contudo, a par de motivos de regozijo, também subsistem situações menos felizes, como foi o caso, tratado pela Unidade de Projecto, de um cidadão utilizador de cadeira de rodas que reclamou do facto de uma empresa privada (no caso, a **TV Cabo**) não o ter contratado, alegadamente, porque o local de trabalho não dispunha de instalações sanitárias preparadas para cidadãos deficientes. Uma vez que, por um lado, a empresa negava as alegações e, por outro, havia nas proximidades instalações públicas devidamente preparadas, a Provedoria de Justiça sugeriu uma deslocação ao local para averiguar *in loco* a situação. Não tendo dado autorização para que a Provedoria de Justiça entrasse nas suas instalações e verificasse a susceptibilidade dos utilizadores de cadeiras de rodas usarem as instalações sanitárias públicas, a TV Cabo inviabilizou, definitivamente, o prosseguimento das diligências até então em curso para resolver o caso de forma concertada. Uma vez que a intenção deste órgão do Estado não era, naturalmente, sugerir à empresa que contratasse determinado trabalhador mas apenas visava criar condições para que nenhuma pessoa (mesmo portadora de deficiência física) deixasse de ser contratada por causa da inexistência de instalações sanitárias preparadas, a falta de colaboração da empresa não só inviabilizou uma contratação como, talvez, tenha impedido o trabalho, naquele mesmo local de trabalho, de outros cidadãos utilizadores de cadeiras de rodas.

(D)

Participação em reuniões e outras actividades

38. O ano que findou ofereceu a oportunidade para diversas celebrações do XV aniversário da Convenção Sobre os Direitos das Crianças, uma vez que ela foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas no dia 20 de Novembro de 1989. Desde logo, a Comissão Parlamentar de Trabalho e dos Assuntos Sociais organizou uma audição parlamentar, na Assembleia da República, intitulada 'O que foi feito, o que falta fazer: uma proposta para uma medida'. Também a CNCJR assinalou aquele aniversário e, em colaboração com a Câmara Municipal de Lisboa, organizou uma sessão

comemorativa subordinada ao tema ‘O Direito à Participação’. Em ambos os eventos, o Provedor de Justiça fez-se representar pelo coordenador da Unidade de Projecto.

39. Também a responsável da LVRC participou em diversos eventos no ano de 2004, destacando-se o encontro sobre «*Desaparecimento e Exploração Sexual de Crianças*» que se realizou no Dia Internacional das Crianças Desaparecidas – 25 de Maio, no novo auditório da Assembleia da República e o “*Congresso Internacional sobre Abusos Sexuais*”, organizado pela Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e pela Associação Chão de Meninos.

40. A Linha do Cidadão Idoso, no seguimento de realizações da mesma natureza feitas em anos anteriores, procurou dar a conhecer a sua existência e, ao mesmo tempo, assegurar a divulgação da respectiva actividade e dos objectivos que a norteiam, tendo a responsável participado, designadamente, em acções promovidas pela Rádio Renascença, pelo jornal “*Primeiro de Janeiro*”, pela Rádio da Golegã e em sessões de esclarecimento junto dos utentes do Centro Social e Cultural de Santa Beatriz e do Centro Social e Paroquial de Santa Maria dos Olivais e, a convite do respectivo Centro de Formação, no Hospital de Santa Maria. Não pode esquecer-se, pela relevância da iniciativa, a participação da Provedoria de Justiça, através da responsável da LCI, no grupo “*CID – Grupo Coordenador do Plano de Auditoria Social e de Acompanhamento da Protecção de Menores, Idosos e Deficientes da Segurança Social*”, que tem em curso a elaboração de um manual de boas práticas destinado a instituições e estabelecimentos que acolhem pessoas idosas.

41. A Unidade de Projecto passou a participar na troca de informações sobre a matéria dos direitos das crianças entre as organizações dos doze países que compoem a ENOC – **European Network of Ombudsman for Children**, que é uma rede de organizações de defesa das crianças de doze países da Europa que foi formalmente constituída em 1997, em Trondheim, na Noruega, com o objectivo de ajudar à mais ampla implementação da Convenção dos Direitos da Criança, de defender os direitos das crianças, de propiciar a troca de informações e de estratégias e de promover o efectivo desenvolvimento de mais organizações nesta área.

42. Por ocasião da realização do IX Congresso da Federação Ibero-americana de Ombudsman que, sob o tema “*Sistemas internacionais de promoção e protecção dos direitos humanos*”, teve lugar em Quito (Equador),



Unidade de projecto menores, mulheres...

entre os dias 8 e 11 de Novembro, a Rede de Mulheres foi informada da criação, pelo Provedor de Justiça, de um sector da assessoria especialmente vocacionado para tratar, a par de outros, dos assuntos das mulheres (a Unidade de Projecto). Aquela **Rede Ibero-americana de Defensorias das Mulheres** foi criada na reunião ordinária da reunião anual da Assembleia Geral da FIO que se realizou em Toledo, no ano de 1997, com o intuito de garantir uma instância especializada de alto nível na estrutura das instituições do Ombudsman, encarregada da defesa e promoção dos direitos humanos das mulheres da Ibero-américa.



2.7.2. Processos anotados

R-3416/04

Coordenador da U.P.: Miguel Menezes Coelho

Assunto: Menores; telemóvel; compra; direito à informação.

Objecto: Compra de telemóvel por menor sem exigência prévia de identificação ou de prova de maioridade.

Decisão: Improcedência da queixa em virtude de se ter concluído que a reclamada compra do telemóvel não se ficou a dever à “astúcia” da vendedora mas, diferentemente, à arreigada vontade da menor em adquirir telefones móveis.

O processo em cujo âmbito remeto a V. Ex.^a o presente ofício foi aberto na Provedoria de Justiça no dia 17 de Agosto p.p. com o intuito de permitir a averiguação do caso particular da compra de um telefone móvel feita pela menor ... e da questão, mais geral, da possibilidade de menores adquirirem telemóveis sem que lhe seja exigida identificação ou prova de maioridade.

1. Os telemóveis hoje

No início do século XXI os telemóveis estão convertidos, definitivamente, em objectos de uso diário, de tal forma que o número de aparelhos móveis em uso (em Portugal e, segundo creio, também no resto do mundo) é já superior ao de telefones do designado serviço fixo universal.

Por outro lado, não surpreende a afirmação de que a utilização de telemóveis por menores de 18 anos não só não constitui para elas qualquer problema (designadamente em termos técnicos) como é, até, potenciada pela existência de produtos (*v.g.*, jogos, SMS, MMS) particularmente destinados a pessoas de mais tenra idade.



●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

Mais: para a generalidade dos pais a circunstância dos respectivos filhos menores poderem estar sempre contactáveis constitui um insubstituível benefício pessoal apenas possível em virtude da emergência dos telefones portáteis.

Assim sendo, pode afirmar-se que o actual estado de coisas é pacificamente aceite pela generalidade das pessoas – designadamente pelos progenitores, encarregados de educação, professores e educadores –, não se notando qualquer reacção negativa organizada contra a possibilidade dos menores disporem de telefones móveis para uso próprio.

E deve acrescentar-se, igualmente, que o caso relatado por V. Ex.^a é paradigmático do que fica explanado, uma vez que a ... – cuja compra de um telemóvel motivou a apresentação da queixa que deu origem ao presente processo – acabou por ser presenteada com um telefone móvel dado pelos pais.

Por tudo isto, não é a utilização de telefones móveis por crianças que V. Ex.^a põe em crise mas, diferentemente, parece ser a susceptibilidade delas comprarem os aparelhos que suscita dúvidas. Sobre este aspecto concreto, deve afirmar-se que importa distinguir três situações, a saber:

- a. a celebração de contratos de serviço telefónico;
- b. a aquisição de aparelhos de telefone móvel;
- c. a compra de cartões recarregáveis para utilização em telefones.

Na primeira, como é bom de ver, é sempre exigível a identificação dos compradores (independentemente da empresa prestadora envolvida) e, bem assim, a apresentação de diversos outros elementos identificadores. Se fosse esta a situação versada na reclamação, a queixa apresentada por V. Ex.^a seria totalmente improcedente, uma vez que é já exigível a identificação do celebrante no contrato.

Quanto à segunda situação e ao facto de ela não exigir quaisquer formalidades especiais, não parece haver dúvidas ou controvérsias: está-se perante uma mera aquisição de aparelho (exactamente como seria a compra de um rádio, de um televisor ou de um PC) insusceptível de, por si só, constituir problema merecer de protecção especial. Também aqui não se vislumbram problemas que mereçam intervenção por parte deste órgão do Estado.

Resta, então e finalmente, o problema da aquisição de cartões (individualmente ou em conjunto com a compra de telemóveis) e, sobre este problema, pode perguntar-se desde já: é conveniente proibir a possibilidade dos

menores de 18 anos adquirirem cartões de telemóveis? E, sendo conveniente, *é possível* (exequível) *estipular uma tal proibição*? Mesmo que se aceitasse uma resposta afirmativa ela não poderia ser dissociada de uma intervenção parental tendente a acompanhar os menores, uma vez que, como é notório em outros domínios (*v.g.*, álcool, tabaco, droga), a mera proibição legal não é susceptível de resolver, por si só, os problemas.

Então, parecerá preferível começar por aconselhar as famílias a evitar que os menores disponham de quantias avultadas de dinheiro e a controlar os seus gastos. De facto, o problema central não residirá tanto na possibilidade dos menores adquirirem cartões de telemóvel como na necessidade de serem controlados e disciplinados o uso e os respectivos conteúdos, uma vez que é neste aspecto que persiste o enorme risco e a efectiva perigosidade dos telefones móveis.

Assim sendo, a decisão relativamente à questão da utilização dos telemóveis por menores deve dar resposta – não meramente ao problema da compra – mas a uma outra questão, a saber: *deve proibir-se*, ou não, não só a compra mas *o próprio uso de telefones móveis por crianças*? E, em caso de resposta afirmativa, de todos os menores ou somente daqueles mais pequenos (*v.g.*, menores de 16 anos)?

Como V. Ex.^a compreenderá, o estudo deste aspecto particular éxtrema em muito o objecto do processo referente à ... e, com o intuito de ponderar a tomada das medidas que forem julgadas pertinentes, determinei a abertura de processo da minha iniciativa cujas conclusões serão oportunamente publicitadas através dos órgãos de comunicação social.

2. A publicidade dirigida a menores

Retornando agora ao problema particular suscitado na queixa de V. Ex.^a importa abordar uma outra questão, distinta da compra do aparelho está com ela intrinsecamente relacionada, que é a da publicidade especialmente dirigida a menores em que o produto anunciado ou é o próprio telefone móvel ou um qualquer subproduto a ele associado (*v.g.*, *packs* de conversação, SMS, MMS).

Na verdade e como é justamente destacado por Ana Maria Fonseca em artigo feito a partir de um estudo realizado pela OCDE em 1982 sobre a publi-

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

cidade destinada às crianças e intitulado *Publicidade – a criança, o jovem, o menor: a lei e a realidade* (que pode ser consultado em <http://www.consumidor.pt/pls/ic/app>), o problema essencial reside na circunstância das crianças mais pequenas serem incapazes de distinguir as mensagens publicitárias de um programa normal, bem como de compreender a intenção persuasora dos anunciantes, considerando-as, por isso, como certas e verdadeiras.

Como refere a mesma autora, “*em Portugal, a discussão sobre o impacto da publicidade na formação sociocultural dos menores, foi suscitada a partir de 1987, através da recomendação sobre os menores e a publicidade emitido pelo já extinto Conselho da Publicidade. De acordo com esta recomendação, os anunciantes bem como as agências de publicidade e os consumidores envolvidos na educação dos menores, deveriam ter em consideração que a comunicação publicitária dirigida a menores deveria respeitar nomeadamente os seguintes aspectos: a não exploração da credulidade dos menores, (...) a não criação de frustrações (...) ou encorajamento de atitudes estereotipadas; os princípios básicos da alimentação racional ou da saúde e segurança dos jovens consumidores*”.

Assim e em suma, na ponderação das medidas a ter em conta nesta matéria importa atender também à questão essencial da publicidade dirigida aos menores, não sendo suficiente proibir a venda de determinados produtos às crianças.

3. Direitos dos consumidores

Por outro lado, estando aqui em causa, igualmente, a garantia dos direitos dos consumidores (porque os menores não deixam de ser consumidores) importa assegurar a garantia de que eles não saiam prejudicados ou defraudados no seu relacionamento com as empresas, designadamente as que comercializam telemóveis.

Neste domínio, é consabido que, depois da revisão constitucional de 1989, os *direitos do consumidor* passaram a arvorar-se à categoria de direitos e deveres fundamentais de natureza económica (*vide* capítulo I do título III da lei Fundamental) e, no artigo 60.º da Lei Fundamental, passou a consagrar-se que ‘*os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumi-*

dos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação dos danos’.

Nos termos deste *direito à informação* deve ser produzida – como esclarecem J.G. Canotilho e V. Moreira (*in* Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.^a edição revista, p. 323) – ‘*uma informação completa e leal capaz de possibilitar uma decisão consciente e responsável (sobre as características essenciais dos bens e serviços fornecidos, sobre a natureza, qualidade, composição, quantidade, durabilidade, origem, proveniência, modo de fabrico e ingredientes utilizados no fabrico, sobre o preço dos produtos etc.)*’, tudo com vista a habilitar o consumidor a uma decisão de “*escolha consciente e prudente*” – na feliz expressão de Calvão da Silva (*in* Responsabilidade Civil do Produtor, Coimbra, Almedina, 1990, p. 78) –, num domínio em que, para além ‘*do combate à informação negativa, mentirosa, enganadora ou desleal, é crucial a obrigação geral de informação positiva que impende sobre os profissionais no seu interface (relações de consumo) com os consumidores, obrigação esta cuja matriz é o princípio da boa fé (idem)*’.

Tudo visto, deve partir-se agora para a apreciação concreta da reclamação de V. Ex.^a reconhecendo que os direitos do consumidor, em geral, e as circunstâncias do caso descrito, em particular, impõem que se conclua que, enquanto fornecedora de bens ou serviços, a O... tinha a obrigação de informar de forma completa a consumidora não podendo permitir-se nenhum aproveitamento da ignorância, da inferioridade e da fraqueza da menor, na esteira do que igualmente afirma o Prof. Calvão da Silva (*ibidem*).

Ainda assim, no que concerne às explicações que terão sido prestadas pela empregada da O... no acto de compra de um telefone móvel pela menor podemos concluir, recorrendo à *teoria da impressão do destinatário* consagrada no artigo 236.º, do Código Civil, que a vendedora, como qualquer cidadão medianamente avisado, diligente e sagaz, não poderia saber que a pessoa que pretendia adquirir o telefone móvel era menor (e tinha 17 e não 18 anos) e não dispunha da autorização dos progenitores para actuar como actuou. Por outro lado, a mesma funcionária não poderia inferir que a ... não entendia as explicações que lhes estavam a ser dadas.

Tudo indica, pois, que a menor compreendeu perfeitamente as explicações e que, possivelmente, não se afirmou como menor, ficando então afastada, definitivamente, qualquer suspeita de *culpa in contrahendo* (artigo 227.º do CC) da vendedora.

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

Quanto ao mais, a informação da advogada da O... está, no essencial, correcta, na medida em que é aceite a devolução dos equipamentos desde que os mesmos se encontrem nas exactas condições em que forem comprados, designadamente com as cintas de origem e com os cartões não usados.

4. Conclusões

Em face de tudo quanto ficou exposto poder-se-á partir para a formulação de algumas conclusões gerais, a saber:

a. existe uma especial responsabilidade familiar na resolução dos diversos conflitos gerados pela vontade dos menores em adquirirem e usarem telemóveis, não parecendo adequado remeter o tratamento de todas estas questões apenas para o ordenamento jurídico;

b. por outro lado, parece ser injustificado ponderar a mera proibição de venda de telemóveis a menores – em especial dos situados naquelas faixas etárias (16, 17 anos) em que não são notoriamente crianças –, sem actuar igualmente no domínio da regulação da publicidade;

c. a final, V. Ex.^a admitiu que foi aconselhada a comprar um telemóvel para ..., circunstância que demonstra que a vontade da menor acabou por ser aceite como válida;

d. pelo que, no caso em apreço, a compra reclamada não se terá ficado a dever à “astúcia” da(s) vendedora(s) mas, ao contrário, a uma bem arreigada vontade da menor – facto que explica, aliás, que ela tenha adquirido, pelo menos, outros 2 telemóveis.

Uma vez que, por um lado, é legítimo considerar que a empresa vendedora não teve especiais responsabilidades na actuação da ... e, por outro lado e desde que o produto esteja em condições idênticas às detidas na data da compra, a empresa aceita a resolução do contrato, determinei o arquivamento do presente processo, nos termos do disposto na alínea b) do artigo 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

Sem embargo e como foi já aflorado, o Provedor de Justiça não pode deixar de reconhecer que o uso de telemóveis por menores e, em especial, por crianças (consideradas estas como os menores de 16 anos) suscita questões muito delicadas, até em função dos conteúdos já disponíveis através dos tele-



móveis de terceira geração. Por este facto, e no seguimento da ponderação propiciada pelo processo aberto na sequência da queixa de V. Ex.^a, determinei a abertura de processo da minha iniciativa com a finalidade de estudar a problemática do uso responsável e seguro dos serviços de telemóvel, para posterior proposta das medidas que se venham a afigurar adequadas e pertinentes.

As conclusões serão divulgadas através dos órgãos de comunicação social.



2.7.3. Linha verde “Recados da Criança”

2.7.3.1. Fichas e processos anotados

F-24/03

Assunto: Menores; Família de acolhimento; Maus tratos físicos e psíquicos; Perigo para segurança e equilíbrio emocional.

Objecto: Intervenção junto da comissão de protecção de crianças e ovens no sentido (1) de serem averiguados os factos denunciados e, caso os mesmos viessem a confirmar-se, (2) da criança ser retirada à família de acolhimento que lhe infligia maus tratos. Ao mesmo tempo, (3) dar conta dos factos que consubstanciavam crimes ao MP.

Decisões: (1) Retirada da criança da família de acolhimento em que se encontrava; (2) exclusão desta família de acolhimento da listagem da segurança social; (3) comunicação ao MP dos actos praticados para instauração de procedimento criminal; (4) integração do menor em outra família de acolhimento.

Síntese:

1. Uma profissional do foro médico apercebeu-se, no decurso de consultas que dava a um menor, que este era vítima de um tratamento cruel consubstanciado em actos de violência extrema e de natureza sádica praticados pela família de acolhimento.

2. Com efeito, o menor (que havia sido retirado da família natural como forma de protecção prevista na lei) foi entregue a uma família de acolhimento, composta por uma senhora viúva e pelos seus filhos. Contudo, estes obrigavam o menor a ficar de joelhos em cima de um raspador de cenouras; colocavam gelo dentro das suas cuecas e amarravam-lhe um cinto no tórax e penduravam-lhe sacos do lixo ao pescoço, entre outras práticas cruéis e desumanas.



3. Em dada ocasião, terão mesmo obrigado o menor a ficar ajoelhado com as mãos por debaixo dos joelhos, apenas porque a criança demorou a comer uma refeição.

4. A profissional do foro médico que detectou estas situações apresentou uma exposição à comissão de protecção das crianças da respectiva área, cumprindo o disposto no artigo 65.º, da Lei 147/99 de 1 de Setembro. Não obstante, a comissão de protecção não deu qualquer resposta e, como tal, não ocorreu nenhuma alteração na situação do menor.

5. Então, a mesma pessoa denunciou os factos à Provedoria de Justiça, através da Linha Verde Recados da Criança.

6. Note-se que as circunstâncias descritas revelavam uma situação de perigo para o menor (de acordo com o disposto nas alíneas *b*), *c*) e *f*) do n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro) e consubstanciavam um crime (nos termos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 152.º do Código Penal, que dispõe que, quem tenha ao seu cuidado pessoa menor ou indefesa em razão de idade ou deficiência e lhe infligir maus tratos físicos ou psíquicos ou a tratar cruelmente, será punido com pena de prisão de 1 a 5 anos).

7. A Provedoria de Justiça diligenciou junto da comissão de protecção, pedindo uma informação relativa à sua actuação tendo em conta os factos denunciados na exposição e, nesta sequência, a comissão informou ter convocado a família de acolhimento e o menor, após o que foi decidido reforçar o acompanhamento por parte da técnica da segurança social.

8. A Linha Verde Recados da Criança chamou a atenção da comissão para a necessidade de serem realizadas diligências acrescidas e, designadamente, que fossem ouvidas a professora do menor, o psicólogo e a terapeuta da fala, a fim de os factos denunciados serem devidamente averiguados.

9. Finalmente, a colaboração destas pessoas e, bem assim, a inquirição da família de acolhimento determinaram a tomada das seguintes decisões:

- a) o menor foi retirado da família de acolhimento em que se encontrava e integrado numa outra capaz de prestar os cuidados necessários e adequados à sua idade e situação pessoal, dada a relação afectiva estabelecida e o nível de dedicação prestado;
- b) a primeira família de acolhimento foi retirada da listagem da segurança social;

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

- c) os factos foram participados ao Ministério Público, tendo já sido deduzida acusação contra a pessoa que maltratou o menor, pela prática do crime p.p. no artigo 152.º n.º 1, al. a), do Código Penal.

F-62/03

Assunto: Menores; Menor em perigo; Assédio sexual por adulto; Suspeita de abuso sexual.

Objecto: Intervenção junto do Serviço de Acção Social de Viseu para protecção da menor; Sinalização dos factos ao Ministério Público.

Decisão: A instrução da ficha foi terminada depois de se ter concluído que a situação denunciada foi devidamente averiguada e que foram realizadas as diligências necessárias para prevenir a ocorrência de novos factos similares.

Síntese:

1. Foi denunciada à LVRC a situação de uma menor vítima de assédio sexual e de tentativa de abuso por parte de um adulto, que a abordou mais do que uma vez com intenção de vir a ter relações sexuais com a criança.

2. A LVRC deu conhecimento da situação ao serviço de acção social (SAS) o qual, após insistência da Provedoria de Justiça, confrontou directamente a mãe da menor com os factos denunciados, circunstância que permitiu avaliar a situação de risco e apurar que esta já tinha cessado.

3. As técnicas do SAS também confrontaram o alegado agressor, tendo-lhe dado conhecimento do facto do serviço ter sido informado dos factos ocorridos.

4. Ainda assim, por insistência da LVRC foi realizada uma reunião entre as técnicas do serviço local e a procuradora do Ministério Público, na qual foi delineada uma estratégia de intervenção conjunta que acautelasse a situação da menor e prevenisse a ocorrência de novos factos.

5. A escola e o SAS continuam a acompanhar a menor tendo sido articulado entre aquelas entidades que, no caso de ocorrer nova abordagem por parte do agressor, ela será imediatamente comunicada ao MP.

R-276/03

Assunto: Menores; Menor em perigo; Segurança e equilíbrio emocional; Comportamento persecutório e exibicionista de adulto; Acompanhamento por CPCJ.

Objecto: A pedido da Provedoria de Justiça, a Comissão de Protecção de Crianças e Jovens de Almada articulou a intervenção de diversas entidades com competência para proteger uma menor em perigo, para responsabilizar penalmente o agressor e, também, para encaminhar este último para o tratamento psiquiátrico adequado.

Decisão: A situação denunciada passou a ser devidamente acompanhada.

Síntese:

1. Foi denunciada à LVRC uma situação de perigo em que se encontrava uma menor, em virtude de ser perseguida e ameaçada por um indivíduo maior.

2. A Provedoria de Justiça, através da LVRC, solicitou a intervenção da CPCJ de Almada a qual, depois de confirmada a situação, diligenciou no sentido das entidades locais assegurarem a protecção da menor.

3. Sem embargo, não cessou a perseguição da menor, uma vez que as entidades às quais a comissão apelara para que intervissem não actuaram de forma concertada e efectiva.

4. Então, a Provedoria de Justiça abriu formalmente processo, com o intuito de realizar as diligências necessárias para que as diversas entidades, conjugadamente, tomassem medidas que permitissem afastar a menor da situação de perigo.

5. Nesta sequência, ocorreu efectivamente uma conjugação de esforços por parte das várias entidades, reunidas sob a égide da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens de Almada, tendo a situação passado a ser devidamente acompanhada e tendo cessado o risco para a menor.

Assunto: Menores; Maus tratos físicos e abusos sexuais; Medida de Protecção; Procedimento criminal.

Objecto: Intervenção no sentido de assegurar a coordenação da actuação das várias entidades competentes e a remessa para o tribunal da informação necessária à tomada de uma decisão judicial com vista à protecção das crianças e à responsabilização penal do agressor.

Decisões: Após a intervenção da Linha Verde Recados da Criança da Provedoria de Justiça foi determinado: (1) a retirada urgente e provisória das crianças da família biológica; (2) o acolhimento das crianças numa instituição; (3) a instauração de procedimento criminal para averiguação dos factos denunciados.

Síntese:

1. Foram denunciados à Linha Verde Recados da Criança factos que, para além de revelarem um caso de menores em situação de perigo (nos termos do disposto na alínea *b*) do n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro), também consubstanciavam a prática de crime, nos termos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 152.º, do Código Penal, que dispõe que quem tenha ao seu cuidado pessoa menor ou indefesa em razão de idade ou deficiência e lhe infligir maus tratos físicos ou psíquicos, será punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. Com efeito, a denunciante (que era familiar dos menores) ter-se-á apercebido, durante o período de férias em que as crianças estiveram ao seu cuidado, que elas pareciam ser vítimas de maus tratos físicos e abusos sexuais por parte do companheiro da progenitora. Os referidos maus tratos ocorriam durante o período do dia, altura em que a mãe se ausentava de casa para ir trabalhar deixando as crianças ao cuidado do referido companheiro. Este, por sua vez, encontrava-se, muitas vezes, alcoolizado.

3. Ainda segundo a denúncia feita à Provedoria de Justiça através da LVRC já fora realizada uma visita domiciliária por parte de uma assistente social mas, contudo, não haviam sido tomadas quaisquer medidas de protecção relativamente às crianças.

4. No âmbito da instrução efectuada, a Provedoria de Justiça contactou com as várias entidades locais competentes em razão da matéria da infância e da juventude, por forma a apurar se algum dos serviços estava a acompanhar o agregado familiar em causa.

5. Nesta sequência, a Linha foi informada, pela respectiva coordenadora, que o serviço local de acção social já tinha realizado uma visita domiciliária a pedido do Tribunal da comarca no qual corria termos um processo de promoção e protecção dos mencionados menores, a qual teve como objectivo avaliar a situação do agregado familiar e, bem assim, averiguar a eventual negligência em que se encontravam as crianças. Contudo, a diligência revelou-se inconclusiva.

6. A Provedoria de Justiça entendeu dever insistir junto daquela entidade para que comunicasse ao tribunal, de imediato, os indícios de maus tratos físicos e abusos sexuais, por um lado, por serem factos de natureza distinta daqueles já constantes do processo judicial de promoção e protecção, por outro, por ser urgente a tomada de uma medida de protecção das crianças e, finalmente, por aquela comunicação ser obrigatória nos termos da lei.

7. Consequentemente, a informação foi encaminhada para o tribunal que instaurou procedimento criminal tendente à responsabilização penal do alegado agressor e determinou, igualmente, a tomada de uma medida urgente com vista à protecção das crianças. Com efeito, foi proferida uma decisão judicial de aplicação de medida de protecção urgente, nos termos do disposto nos artigos 35.º, 37.º e 91.º, todos da Lei 147/99, tendo as crianças sido retiradas aos pais e acolhidas numa instituição da segurança social.

8. Uma vez que foi alcançada judicialmente a protecção dos menores e a instauração do competente processo penal, foi arquivada a ficha.

2.7.3.2. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

F-31/03

Entidade visada: Director Clínico do Hospital Distrital de Cruz Carvalho – Funchal

Assunto: Menores; Criança em risco; Actuação do Hospital.

No dia 22.05.03, a Provedoria de Justiça recebeu, através da Linha Verde Recados da Criança (LVRC), uma denúncia relativa à actuação do Serviço Social do Hospital Distrital Cruz Carvalho, por ter impedido um recém-nascido de regressar a casa, apesar de já se encontrar bem, afastando-o da progenitora, que entretanto teve alta. A decisão de reter o menor contra a vontade da mãe foi tomada por haver dúvidas quanto à sua capacidade e condições para ter o menor a seu cargo, tendo o serviço solicitado uma informação à segurança social para, posteriormente, tomar uma decisão relativa à entrega da criança à mãe.

A LVRC realizou diligências junto da assistente social e da directora do serviço de pediatria do Hospital do Funchal, tendo apurado o seguinte:

1. A mãe do menor tem graves problemas de saúde, sendo seguida no referido hospital, na consulta de doenças infecto-contagiosas, tendo também sido seguida na gravidez, durante a qual e de forma constante, manifestou vontade em encaminhar o menor para adopção, logo após o nascimento.

2. Assim sendo, no dia em que o bebé nasceu, a mãe não o quis conhecer de imediato. No entanto, passadas 24h, pediu para a levarem à unidade de neonatologia, onde o recém-nascido se encontrava, e após este primeiro contacto, manifestou, pela primeira vez, vontade de ficar com o bebé, ao contrário do que até então tinha manifestado, durante toda a gravidez, o que fez duvidar da consistência desta alteração.

3. A partir de então, a mãe passou a visitar o menor. Não obstante, fez-se acompanhar de uma senhora, que apresentou como madrinha da criança, a



quem iria entregar o filho para dele tomar conta, havendo suspeitas de que haveria um acordo entre ambas com vista a uma adopção ilegal da criança.

4. A falta de consistência da manifestação de vontade da mãe em ficar com o menor, resultante destas contradições, bem como a falta de condições ao nível da saúde, da habitação e subsistência para fazer face às despesas mínimas necessárias a uma criança recém-nascida, levaram o serviço social a questionar a sua capacidade para cuidar do filho, e do risco que este correria caso fosse entregue à mãe.

5. Desta forma, decidiu-se não dar alta ao bebé, apesar de este se encontrar clinicamente bem, tendo sido solicitada uma informação social a uma entidade competente na área de residência da mãe, de forma a que o hospital pudesse avaliar as condições desta para ter o menor a seu cargo e tomar uma posição relativa à sua entrega à progenitora.

6. As diligências efectuadas pela Provedoria de Justiça através da Linha Verde Recados da Criança revelaram que este é o tipo de procedimento normalmente adoptado nas situações em que o hospital entende que a ida do recém-nascido para casa pode colocá-lo numa situação de perigo: apesar de o bebé se encontrar clinicamente bem, não lhe é dada alta, sendo solicitada uma informação social a uma entidade competente na área de residência dos pais, por forma a que o hospital possa avaliar se estes reúnem as condições necessárias para terem o menor a seu cargo.

7. Estas situações são acompanhadas pelo Núcleo de Apoio à Criança em Risco, que funciona no hospital há já muitos anos e que, quando entende ser necessário, adopta este tipo de procedimento, o que normalmente ocorre por curtos períodos de tempo, apenas o suficiente para o hospital avaliar se pode deixar o bebé ir para casa, ou se deve antes, pelo contrário, encaminhar a situação para as comissões de protecção ou para o tribunal, no caso de as suspeitas se confirmarem.

8. Com esta actuação pretende evitar-se uma duplicação de esforços e uma sobrecarga de outras entidades, como a CPCJ e o tribunal, uma vez que só se encaminham para estas as situações que, depois de avaliadas, justificam uma intervenção efectiva da sua parte.

Embora a Provedoria de Justiça tenha plena consciência da delicadeza das questões envolvidas na tomada deste tipo de decisões, e de que os procedimentos adoptados pelo Núcleo de Apoio à Criança em Risco visam proteger os recém-nascidos de eventuais situações de perigo, não posso deixar de ana-

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

lisar esta actuação em geral, bem como o caso concreto ora em apreço, à luz do disposto na Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro (Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo).

Nesse sentido, cumpre-me apontar alguns aspectos que me parecem relevantes, e para os quais chamo, desde já, a atenção de V. Ex.ª:

- a) A promoção dos direitos e a protecção da criança e do jovem em perigo incumbe às entidades com competência em matéria de infância e juventude, às comissões de protecção de crianças e jovens, subsidiariamente, e ainda aos tribunais, nos termos dos art. 6.º, 7.º e 8.º da referida Lei de Protecção;
- b) Nos termos do art. 7.º desta Lei, a intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude, de que fazem parte os hospitais, tem de ser efectuada de modo consensual com os pais, e com respeito pelos princípios e disposições deste diploma;
- c) Ora, no caso em apreço, a mãe não concordou com a actuação do hospital, uma vez que pretendia levar o seu filho para casa, o que não lhe foi permitido, pois apesar de ele se encontrar bem, não lhe deram alta médica, tendo o hospital retido a criança e impedido o seu regresso a casa;
- d) Com este procedimento, pretendeu-se proteger o menor de uma eventual situação de risco. No entanto, não se teve em conta que dele resultava, nada mais nada menos, do que a aplicação de uma medida de protecção, a qual, nos termos do art. 38.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, é da exclusiva competência das comissões e dos tribunais;
- e) Deste procedimento resultou, ainda, um afastamento do bebé dos pais biológicos, medida de protecção que, além de só poder ser aplicada pelas comissões de protecção e pelos tribunais, deve ser por aquelas comunicada ao Ministério Público. Com efeito, nos termos da alínea e) do art. 68.º da referida Lei, sempre que as comissões apliquem uma medida que determine ou mantenha a separação da criança dos seus pais, têm que comunicar esse facto ao Ministério Público;
- f) Ora, por maioria de razão, não posso deixar de entender que, não tendo o hospital competência para aplicar uma medida de protec-

- ção em concreto, muito menos terá para adoptar um procedimento que implique a separação do bebé dos seus pais biológicos, mesmo que por um curto período de tempo, sem disso dar conhecimento às entidades com competência para actuar, que seriam as comissões de protecção, de acordo com o art. 65.º desta mesma Lei;
- g) Admitindo que o hospital pudesse estar perante a tomada de uma decisão urgente, por a entrega imediata do recém-nascido aos pais biológicos constituir um perigo iminente para a vida daquele, deveria, então, ter respeitado os procedimentos legais, previstos na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, para as situações de urgência: nos termos do art. 91.º da Lei de Protecção, as entidades com competência em matéria de infância e juventude podem tomar uma medida adequada à protecção imediata – que no caso concreto poderia ser a retenção da criança – quando exista perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física da criança e haja oposição dos detentores do poder paternal, desde que solicitem, de imediato, a intervenção do tribunal. A retenção do menor, e o seu conseqüente afastamento da mãe, sem comunicação ao tribunal, consubstanciou o incumprimento, pelo hospital, da tramitação legal exigida;
- h) No caso em apreço, o hospital também não respeitou o princípio da subsidiariedade previsto no artigo 8.º da referida Lei, segundo o qual deveria ter comunicado a situação de risco à comissão a partir do momento em que considerou necessário ter uma informação por parte de outro serviço, cabendo à comissão solicitar essa mesma informação social ao serviço competente e decidir qual a medida adequada a aplicar, que poderia inclusivamente vir a ser a permanência do menor na unidade hospitalar.

Face ao exposto, não posso deixar de concluir que o hospital extravasou as suas competências, tomando decisões que, de acordo com a actual Lei de Protecção de menores, apenas poderiam ser tomadas pelas comissões de protecção e pelos tribunais, pelo que este procedimento se revela ilegal. Mais ainda, esta actuação do hospital limita os direitos dos progenitores de forma contrária ao disposto no art. 36.º, n.º 6 da CRP, que determina que “os filhos

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumprem os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

Sem pôr em causa o empenho do hospital e de todos aqueles que procuraram actuar tendo em vista a protecção da criança, empenho que a Provedoria de Justiça reconhece e aprecia, não posso deixar de chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de o hospital adequar os seus procedimentos à actual legislação, nos termos da qual deveria ter sinalizado a situação de risco à CPCJ, disponibilizando todos os elementos de que dispunha, ou, a partir do momento em que decidiu reter a criança como forma de a proteger de um perigo iminente, solicitar de imediato a intervenção do tribunal.

F-74/03

Entidade visada: Presidente da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens de Lisboa Centro

Assunto: Menores; Criança em risco; Acordos de Promoção e Protecção; Intervenção das CPCJ.

Ao mesmo tempo que manifesto o agradecimento deste órgão do Estado pela colaboração prestada à Linha Verde Recados da Criança pela Comissão de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ) de Lisboa Centro, comunico a V. Ex.^a que cessou a intervenção do Provedor de Justiça na presente situação.

Com efeito, tendo constatado, por um lado, que o processo de promoção e protecção do menor ... foi remetido à CPCJ com competência territorial para intervir no caso e, por outro lado, que a situação está agora a ser devidamente acompanhada, determinei o encerramento do assunto acima identificado.

Não obstante, as diversas diligências que, no âmbito da presente instrução, foram asseguradas pela Linha Verde Recados da Criança, designadamente junto dessa comissão de protecção de crianças e jovens, permitiram concluir que existiu uma deficiente articulação entre o membro da comissão responsável pelo processo do menor e a técnica da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCM).

Como é bom de ver, na medida em que a SCM de Lisboa era a entidade que assegurava o acompanhamento da execução da medida aplicada, a

circunstância de não ser feita a atempada comunicação entre os serviços e de não ter sido logo assegurada a adequada transmissão das informações relevantes, foram factos susceptíveis de diminuir a celeridade e a prontidão exigíveis na intervenção para protecção da criança.

Deste modo, fazendo uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça), entendo dever chamar a atenção da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens de Lisboa Centro para a necessidade da intervenção da CPCJ (e das restantes entidades com quem a comissão articula) passar a ser definida de forma clara nos próprios acordos de promoção e protecção das crianças em risco.

Concretizando um pouco mais, o Provedor de Justiça sugere que, nos acordos de promoção e protecção, seja estabelecido o procedimento de transmissão das informações necessárias e, igualmente, a regularidade temporal das comunicações garantindo, deste modo, que a CPCJ possa realizar o efectivo, atempado e eficaz acompanhamento da execução das medidas.

Foi dado conhecimento à Presidente da Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Risco.

F-14/04

Entidade visada: Comandante do Posto da GNR – Guarda Republicana de Gondomar

Assunto: Menores; Situação de perigo; artigo 64.º da Lei n.º 147/99, de 1/9; Comunicações às CPCJ.

Tenho a honra de comunicar a V. Ex.^a que a Provedoria de Justiça concluiu o tratamento do assunto relativo à menor ..., residente em Gondomar, que era vítima de maus tratos psíquicos, designadamente em virtude das violentas discussões domésticas a que assistia e que, *inclusive*, envolviam o arremesso de instrumentos cortantes, com perigo para a integridade física da criança.

Ao mesmo tempo, não devo deixar de manifestar o agradecimento deste órgão do Estado pela colaboração prestada pela GNR de Gondomar, e

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

por V. Ex.^a pessoalmente, no decurso da instrução que agora finda, especialmente pela pronta comunicação da situação de risco da menor à Comissão de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ) de Gondomar, aliás como havia sido sugerido pela Provedoria de Justiça. Por este facto, parece poder afirmar-se que a intervenção da GNR foi determinante para a tomada das medidas adequadas à protecção da criança em risco.

Finalmente, também não quero deixar de fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 32.º do Estatuto do Provedor de Justiça (aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) para chamar a atenção de V. Ex.^a para a importância do imediato cumprimento do disposto no artigo 64.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, que estatui que:

as autoridades policiais devem comunicar todas as situações de crianças e jovens em perigo de que tenham conhecimento no exercício das suas funções às comissões de protecção de crianças e jovens em perigo

na medida em que aquelas entidades têm particular legitimidade para intervir nos casos de perigo para os menores, tendo em conta as necessidades de protecção das crianças.

Em face, por um lado, da especial vulnerabilidade dos menores em perigo e, por outro, da proximidade entre a GNR e as comunidades onde estão inseridos, permito-me solicitar a V. Ex.^a que se digne tomar medidas para relembrar a todos os militares desse posto a obrigatoriedade do cumprimento daquele procedimento, previsto na Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, uma vez que apenas a sua prática efectiva pode assegurar a promoção e a defesa do direito de protecção das crianças vítimas de situações de risco ou de perigo.

Foi dado conhecimento ao Comandante-Geral da GNR.

F-14/04

Entidade visada: Comandante-Geral da GNR – Guarda Nacional Republicana

Assunto: Menores; Situação de perigo; artigo 64.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro; Comunicações às CPCJ.

Dou conhecimento a Vossa Excelência do teor do ofício que, nesta data, dirijo ao Senhor Comandante do Posto da GNR de Gondomar, agradecendo a colaboração e o empenho revelados no tratamento de um assunto relativo a uma menor em perigo, que também foi acompanhado pela Provedoria de Justiça através da Linha Verde Recados da Criança.

Ao mesmo tempo, permito-me fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 32.º do Estatuto do Provedor de Justiça (aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), para solicitar a Vossa Excelência que se digne alertar os militares dessa prestigiada força para a importância do cumprimento do disposto no artigo 64.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro (Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo) que estatui que:

as autoridades policiais devem comunicar todas as situações de crianças e jovens em perigo de que tenham conhecimento no exercício das suas funções às comissões de protecção de crianças e jovens em perigo.

Com efeito, o presente apelo surge na sequência da constatação – que não é só de agora mas que foi avivada pela situação recentemente acompanhada pela Linha Verde Recados da Criança – da especial e privilegiada proximidade entre os militares da GNR e as comunidades onde eles estão integrados e, também, da verificação de que apenas a prática efectiva de uma vigilância cuidada pode assegurar a promoção e a defesa do direito de protecção das crianças vítimas de situações de risco ou de perigo.

Certo que Vossa Excelência não deixará de aceitar o presente contributo deste órgão do Estado e fazendo votos para que as mulheres e dos homens da GNR prossigam o valioso e empenhado serviço em prol da comunidade.

2.7.4. Linha do Cidadão Idoso

2.7.4.1. Fichas e processos anotados

F-04/04

Assunto: Cidadãos Idosos; Pensão de invalidez unificada; Omissão de decisão; Declaração em falta; Coordenação entre entidades públicas.

Objecto: Morosidade na atribuição de pensão de invalidez sob a forma unificada, motivada por falta de coordenação entre o CNP, a CGA e o estabelecimento de ensino onde a beneficiária foi funcionária.

Decisão: Arquivamento após ter sido suprido o atraso reclamado na conclusão do processo de atribuição de pensão de invalidez, sob a forma unificada.

Síntese:

1. Na base do início da instrução esteve um pedido de informação sobre um processo de pensão de invalidez, sob a forma unificada, a decorrer no Centro Nacional de Pensões (CNP).

2. Foram realizadas diligências junto do CNP, tendo sido apurado que o processo da reclamante estava a aguardar que a Caixa Geral de Aposentações (CGA) informasse sobre a parcela correspondente ao período de descontos efectuado no âmbito do regime geral da função pública.

3. Contactada a CGA, esta informou que aguardava que a Escola B 2/3 do Castelo da Maia (onde a beneficiária fora funcionária) enviasse um comprovativo de efectividade da interessada.

4. Por sua vez, a escola comunicou que não havia recebido qualquer ofício da CGA sobre aquele assunto.

5. Verificou-se, assim, que a circunstância da CGA não possuir a informação da escola inviabilizava, em última análise, que o CNP calculasse a



parcela contributiva a atribuir à reclamante, sendo que a queixa fora apresentada exactamente da demora no processamento da pensão da beneficiária.

6. Tendo sido verificado que a omissão reclamada devia-se a uma falta de coordenação entre o CNP, a CGA e a escola, foi possível acelerar a emissão e entrega do documento em falta.

7. Finalmente, foi concluída a intervenção do Provedor de Justiça por se ter concluído que a situação reclamada estava ultrapassada.

F-25/04

Assunto: Cidadãos idosos; Maus tratos e negligência de cuidados; Cuidados médicos; Centro de dia.

Objecto: Idoso dependente vítima de maus tratos e negligência de cuidados.

Decisão: Foram garantidos ao interessado os cuidados básicos de alimentação, higiene, saúde e segurança, bem como a prevenção dos maus tratos.

Síntese:

1. Foi recebida na LCI uma denúncia referente a uma situação de maus tratos e negligência de cuidados de que era vítima um cidadão idoso (de 70 anos de idade) que estava em situação de dependência.

2. Com efeito, o interessado – que se deslocava em cadeira de rodas – residia com a mulher e um filho que não lhe prestavam adequadamente os cuidados básicos de que precisava, nomeadamente os relativos a higiene e alimentação. Por outro lado, aqueles familiares próximos também não providenciavam os tratamentos de fisioterapia de que o idoso necessitava para recuperar a locomoção, alegando carência económica. Finalmente, o idoso era igualmente vítima de agressões físicas por parte do filho.

3. Na sequência da abertura de ficha, a LCI diligenciou junto da técnica de serviço social da respectiva freguesia no sentido de serem averiguados os factos denunciados e de serem garantidos ao idoso os cuidados necessários.

4. Na sequência, foi desde logo iniciado o procedimento tendente à atribuição do benefício de isenção do pagamento dos tratamentos de fisioterapia.

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

pia. Por outro lado, foi determinado o acompanhamento pelo serviço do agregado familiar em causa, designadamente visando:

4.1. Prevenir novos conflitos familiares e novas situações de maus tratos;

4.2. Acompanhar o tratamento do idoso;

4.3. Propor ao idoso que, depois de recuperada a autonomia física, passasse a frequentar um centro de dia que, ao mesmo tempo que o afastava do ambiente familiar hostil, lhe assegurasse os cuidados de alimentação e higiene.

5. Acrescidamente, foi contactado o centro de fisioterapia frequentado pelo interessado alertando para a necessidade de serem imediatamente comunicadas à técnica de serviço social da freguesia quaisquer novas situações de agressão, ou mesmo as meras suspeitas de sua ocorrência.

6. A LCI foi igualmente informada pela PSP da área de residência do idoso que o caso já tinha sido participado ao Ministério Público.

7. Após o tratamento, o idoso recuperou a locomoção.

8. Uma vez que, mesmo depois do idoso ter acedido frequentar um centro de dia, a família não efectuou nenhuma diligência tendente a possibilitar o ingresso do interessado em uma instituição, a LCI diligenciou junto do serviço de acção social para que, por um lado, interviesse no sentido de desbloquear a situação junto dos familiares e, por outro, os esclarecesse que não podiam constituir-se como impedimento à prestação de cuidados ao idoso.

9. A final, acabaram por ser apresentados os documentos pessoais do interessado e a declaração de rendimentos do agregado.

10. A colaboração entre a Provedoria de Justiça e as demais entidades competentes tornou possível:

10.1. Assegurar os cuidados de saúde necessários à promoção da autonomia do interessado;

10.2. Garantir ao idoso os cuidados básicos, nomeadamente ao nível da alimentação e da higiene pessoal;

10.3. Prevenir os maus tratos uma vez que, estando o idoso frequentar um centro de dia, encontra-se algum tempo afastado do ambiente familiar que é origem de conflitos e agressões;

10.4. Isentar o cidadão idoso do pagamento da mensalidade do centro de dia.

Assunto: Cidadãos idosos; Violação de direitos de utente; Centro de dia; Omissão de intervenção de entidade tutelar.

Objecto: Violação de direitos fundamentais de utente de centro de dia de uma IPSS.

Decisão: Após processo de averiguações, foi elaborado relatório pelo centro distrital da segurança social no sentido de serem apurados os factos relacionados com o caso concreto e de ser aferida a qualidade do funcionamento da instituição visada.

Síntese:

1. Foi recebido na LCI o telefonema de um idoso queixando-se da direcção de um centro de dia na medida em que ela, por um lado, obrigava-o a tomar as refeições numa mesa sozinho e isolado dos restantes utentes e, por outro, não cuidava de lhe prestar explicações sobre aquela decisão.

2. A LCI diligenciou junto do serviço de acção social da respectiva área no sentido de serem averiguados os factos denunciados, tendo apurado que na origem da decisão posta em crise estavam comportamentos alegadamente incorrectos por parte do idoso.

3. Na medida em que a direcção do centro de dia revelara-se inflexível quanto à aplicação da sanção reclamada, o caso acabou por ser remetido para o centro distrital de segurança social, entidade com poderes de tutela e supervisão sobre a instituição em causa, tendo a LCI questionado o respectivo director relativamente ao encaminhamento dado à situação em causa.

4. A LCI foi informada que, após uma primeira intervenção, o centro de dia havia alterado a decisão e havia passado a permitir que o interessado retomasse a toma das refeições em lugar à sua escolha.

5. Ainda assim, a LCI considerou que a má prática verificada na relação entre a instituição e os respectivos utentes justificava, por um lado, a averiguação atenta dos procedimentos praticados no centro de dia e, por outro, a explanação, perante os respectivos dirigentes e técnicos, das condutas adequadas a seguir em situações semelhantes.

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

6. Em consequência do processo de averiguações oportunamente instaurado, o centro distrital da segurança social emitiu recomendações dirigidas à direcção do centro de dia, no sentido de:

6.1. Relativamente ao caso particular, o reclamante dever poder escolher o local em que deseja tomar as suas refeições, desde que não existisse contestação por parte dos outros utentes e que não fosse posto em causa o bom funcionamento do Centro;

6.2. A instituição dever instaurar processos de inquérito sempre que existissem problemas de natureza disciplinar ou de grave perturbação do respectivo funcionamento;

6.3. Naqueles casos, o centro de dia dever também dar conhecimento da situação ao centro distrital de segurança social;

6.4. A instituição – ciente de que os utentes são pessoas especialmente vulneráveis, sozinhas e doentes –, dever atender às suas especiais necessidades, nomeadamente através da criação de um serviço médico de apoio e de acompanhamento psicológico.

7. Tendo sido assegurado que, por um lado, o centro de dia tomasse conhecimento dos procedimentos adequados a adoptar em casos similares e reconhecesse aos idosos os respectivos direitos de utentes e, por outro lado, que a segurança social, enquanto entidade tutelar, cumprisse os seus deveres de tutela e promovesse as boas práticas e o cumprimento das disposições legais, foi arquivada a ficha.

F-45/04

Assunto: Cidadãos idosos; Situação de carência; Apoio para aquisição de medicamentos; Subsídio por carência económica.

Objecto: Atribuição de subsídio por carência económica a idosa com necessidade urgente de aquisição de medicação.

Decisão: Concessão à interessada de um subsídio mensal no valor de 79 €.

Síntese:

1. Uma senhora idosa que era, também, doente do foro oncológico dirigiu-se à Linha do Cidadão Idoso referindo que, em virtude de auferir a

pensão mínima, não possuir quaisquer outros rendimentos, viver sozinha e não ter família, não dispunha de meios económicos para fazer face, por um lado, às despesas inerentes à sua sobrevivência e, por outro, aos gastos com medicamentos, designadamente aqueles indispensáveis para o tratamento da doença de que padecia.

2. Com efeito, a interessada já havia requerido, em Março de 2004 e junto do organismo de acção social da sua área de residência, um apoio económico para a aquisição de medicamentos mas, não obstante, até Julho (data do contacto com a LCI) ainda não tinha obtido resposta.

3. No âmbito do tratamento da ficha oportunamente aberta, a LCI oficiou o serviço de acção social competente indagando sobre o encaminhamento dado ao assunto e chamando a atenção para a impreterível necessidade de ser permitido à idosa que adquirisse a medicação adequada ao tratamento da doença oncológica.

4. Nesta sequência, veio a verificar-se que a situação económica da interessada reunia os requisitos para a atribuição de um subsídio por carência económica.

5. Assim sendo, acabou por ser atribuído à interessada um apoio económico (de 79 € mensais), o qual auxilia – pelo menos – na aquisição de bens de primeira necessidade e dos mais prementes medicamentos.

2.7.4.2. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

F-28/04

Entidade visada: Director do Departamento de Fiscalização do Centro Distrital de Segurança Social do Porto

Assunto: Cidadãos idosos; Lar ilegal; Planeamento de acções de fiscalização.

Tenho a honra de comunicar a V. Ex.^a que a Provedoria de Justiça concluiu o tratamento do assunto relativo ao funcionamento do lar ilegal, sito na Rua ..., Gondomar, que esteve a cargo da Linha do Cidadão Idoso (LCI) e, ao mesmo tempo, de manifestar o meu agradecimento pela colaboração prestada pelo departamento de fiscalização, especialmente pela adopção de forma célere dos procedimentos legais necessários para a cessação da actividade ilegal.

Com efeito, é justo concluir que as medidas asseguradas pelo Departamento de Fiscalização do Instituto de Segurança Social do Porto terão sido determinantes para que a proprietária encerrasse estabelecimento e, ao mesmo tempo, para que regularizasse a situação fiscal respectiva.

Ainda assim, também não posso deixar de dar o devido relevo à constatação, que se me impôs ao longo das diligências efectuadas junto do serviço que V. Ex.^a superiormente dirige, que a realização das acções inspectivas levadas a cabo no âmbito do exercício das competências próprias do Centro Distrital de Segurança Social do Porto não obedeceu a um calendário previamente estabelecido, o qual sempre encontraria justificação na circunstância de estar em causa uma situação já anteriormente identificada e que já motivara a apresentação de uma reclamação.

Por este facto, entendo dever fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) para chamar a atenção de V. Ex.^a para a importância de um atempado planeamento das acções de fiscalização que inci-



dam em estabelecimentos já sinalizados como sendo passíveis de gerar problemas ou conflitos, ou de padecer de ilegalidades graves.

Certo de que V. Ex.^a não deixará de tomar as medidas adequadas para assegurar que, no futuro, as acções inspectivas relativamente a este tipo de situações venham a obedecer a uma calendarização predefinida, em ordem à salvaguarda do controlo efectivo da prática de acções ilegais, e da sua reincidência.

Foi dado conhecimento ao Director do Centro Distrital de Segurança Social do Porto.

F-29/04

Entidade visada: Coordenadora do Serviço de Acção Social de Vila Nova de Gaia

Assunto: Cidadãos idosos; Maus tratos; Denúncia obrigatória de crimes.

Tenho a honra de comunicar a V. Ex.^a que a Provedoria de Justiça concluiu o tratamento do assunto relativo aos Senhores..., residentes em Vilar de Andorinho, no concelho de Vila Nova de Gaia, que esteve a cargo da Linha do Cidadão Idoso (LCI).

Ao mesmo tempo, quero manifestar o agradecimento deste órgão do Estado, e o meu pessoal, pela colaboração prestada pelo Serviço de Acção Social de Vila Nova de Gaia.

Não obstante, entendo dever dar o devido destaque à circunstância de ter sido entendido – pelo menos inicialmente – que uma eventual participação ao Ministério Público da situação de maus tratos de que os idosos foram vítimas apenas a eles caberia, e não constituía incumbência obrigatória das técnicas, enquanto funcionárias, ou do respectivo serviço.

Ora, a este propósito, devo alertar para a necessidade de ser devidamente levado em conta o disposto no artigo 242.º do Código Penal, relativamente à denúncia obrigatória de crimes públicos, e no artigo 386.º do Código de Processo Penal, sobre o conceito de funcionário que é relevante para este efeito.

●
●
●
Unidade de projecto menores, mulheres...

Assim sendo, impõe-se-me fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) para chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de serem difundidos esclarecimentos junto das(os) técnicas(os) do Serviço de Acção Social de Vila Nova de Gaia:

a. por um lado, sobre a natureza pública do crime p.p. no artigo 152.º do Código Penal;

b. por outro lado, sobre a necessidade de, ponderadas as circunstâncias do caso concreto, ser equacionada a comunicação ao Ministério Público, sempre que uma qualquer situação observada se enquadre na previsão daquela norma.

Certo de que a presente chamada de atenção não deixará de ser levada em consideração em ocasiões futuras.

Foi dado conhecimento ao Director do Centro Distrital de Segurança Social do Porto.

F-45/04

Entidade visada: Coordenadora do Serviço de Acção Social da Amadora
Assunto: Cidadãos idosos; Apoio Económico; Colaboração com o Provedor de Justiça.

Tenho a honra de comunicar a V. Ex.^a que a Linha do Cidadão Idoso da Provedoria de Justiça concluiu o tratamento do assunto relativo ao pedido de apoio económico para medicamentos formulado pela Senhora D..., na medida em que esta veio dar conta do facto do respectivo requerimento ter tido resposta favorável.

Ainda assim, e sem embargo da circunstância da interessada ter visto a respectiva pretensão ser atendida, não pode este órgão do Estado deixar de notar a injustificada omissão do cumprimento do dever de cooperação para com o Provedor de Justiça, a qual tem sido evidenciada pelo Serviço de Acção Social da Amadora e que, para mais, consubstancia uma grosseira violação do

disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 29.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

Com efeito, verifico que – através da Linha do Cidadão Idoso – a Provedoria de Justiça solicitou ao Serviço de Acção Social da Amadora informações relativas ao requerimento apresentado pela interessada, a saber, em faxes:

- a) de 03/08/2004;
- b) de 13/09/2004;
- c) de 07/10/2004.

Contudo, e não obstante as insistências, nunca foi recebida qualquer resposta a nenhuma daquelas comunicações.

Assim sendo, fazendo uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, chamo a atenção de V. Ex.^a para a necessidade do Serviço de Acção Social da Amadora assegurar o cumprimento do dever de cooperação para com o Provedor de Justiça, na medida em que as informações, os esclarecimentos e os documentos solicitados por este órgão do Estado são indispensáveis para assegurar a cabal e célere averiguação dos assuntos suscitados no exercício do direito de queixa previsto no artigo 23.º da Constituição da República.

A horizontal band across the middle of the page. The left portion shows a grayscale landscape with a winding path or road. The right portion is a dark grey rectangular overlay containing the text '2.8.'. Below this band is a lighter grey rectangular area.

2.8.

Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma dos Açores

Assessores:

Miguel Menezes Coelho (até 05/03/2004)

José Álvaro Afonso (a partir de 01/02/2004)

2.8.1. Introdução

Considerações gerais

1. Num primeiro relance sobre a actividade da Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça, durante o ano de 2004, há a destacar os seguintes factos:

De todas as ilhas, à excepção do Corvo, foram recebidas queixas.

Nas preocupações dos cidadãos, as questões relativas à reconstrução das ilhas do Faial e do Pico (13,8% dos processos organizados em 2004) permaneceram como o núcleo material mais uniforme e as questões relativas ao ambiente e ao urbanismo sobressaem no conjunto de queixas apresentadas (22%). Houve um acréscimo na ordem dos 22,4% no número de processos organizados. Mas houve um aumento da ordem dos 47,6% do número de processos em instrução, num ano em que houve mudança de titular na chefia da Extensão.

2. A inexistência de planos directores municipais aprovados em 10 dos 19 concelhos do Açores pode ajudar a compreender a natureza de algumas das queixas apresentadas, quer quando está em causa a localização de novas construções, quer quando os problemas dela advindos são consequência de um desenvolvimento não programado do território, com reflexos a nível ambiental (por exemplo, poluição sonora e resíduos não tratados). Um exemplo do que fica dito é a chamada de atenção efectuada a uma câmara municipal face aos problemas causados pela localização de um estabelecimento comercial de dimensões apreciáveis junto a uma área residencial. Avultou da instrução do processo a dificuldade, quando não mesmo a relutância, da Administração em accionar os mecanismos jurídicos de que dispõe para a salvaguarda e harmonização dos interesses públicos e privados envolvidos.

3. O acompanhamento do processo de reconstrução continuou a solicitar a atenção da Provedoria de Justiça. A demora na resposta às questões colocadas pelos particulares e a falta de fundamentação em algumas daquelas



que são dadas permanecem como impulso para as queixas dos particulares. Este órgão de Estado acompanhou, com sucesso, várias situações em que era pretendida a inclusão das obras a realizar nas empreitadas contratadas pela Administração Regional (agora pela SPRHI — Sociedade de Promoção e Reabilitação de Habitação e Infra-Estruturas, S.A.).

Por outro lado, com a evolução do processo de reconstrução foram apresentadas diversas queixas em que se discute se os danos existentes nas habitações dos reclamantes são ou não decorrentes do sismo. Pelo menos num dos casos foi de concluir que tal não acontecia, sendo improcedente a queixa apresentada.

4. Da intervenção deste órgão do Estado em sede de assuntos sociais (10% dos processos organizados), pode dar-se como exemplo a que teve lugar para apurar da legitimidade do entendimento da Administração segundo o qual uma norma que fixava a regra de pagamento de comparticipação mensal reduzida, no caso de ausência justificada, podia também ser estendida aos casos de não frequência de estabelecimento de educação pré-escolar por motivo de férias.

A Administração reconheceu que não era adequado interpretar tal norma no sentido de retirar a consequência de um pagamento, reduzido em 25%, durante o período de férias, vindo posteriormente a determinar por via regulamentar que *durante as férias dos utentes das creches e jardins-de-infância não é devida comparticipação familiar mensal, pela utilização das mesmas*⁷.

Sem prejuízo do acima exposto, foi entendido alertar o reclamante para o facto de, no âmbito da educação pré-escolar, a lei prever a gratuitidade da componente educativa. Daí que determine expressamente a comparticipação das famílias *“no custo da componente de apoio social do funcionamento dos jardins-de-infância, de acordo com as respectivas condições sócio-económicas”* (v. n.º 1 do artigo 26.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 17/2001/A, de 29 de Novembro, que aprova o Estatuto dos Estabelecimentos de Educação Pré-Escolar).

Por isso, não obstante ter a entidade de tutela decidido limitar o esforço financeiro das famílias aos períodos em que usufruem da componente educativa do sistema pré-escolar, não parecer defensável, como regra, que as mesmas devam pressupor-se exoneradas do dever de comparticipação nas res-

ponsabilidades financeiras das componentes não educativas da educação pré-escolar.

5. No que diz respeito à educação, foi proferida a Recomendação n.º 4-A/2004, relativa à cobertura de riscos por seguro escolar, em consequência de acidente escolar. Face à intervenção da Provedoria de Justiça, a Administração Regional Autónoma acabou por reconhecer a necessidade de fazer funcionar as regras do seguro escolar, num caso de lesões físicas provocadas a um aluno vítima de uma agressão em recinto escolar.

6. É de assinalar que, na área da saúde, e na sequência de uma sugestão do Provedor de Justiça, no âmbito de processo relativo às condições de atendimento no Hospital de Santo Espírito em Angra do Heroísmo, esta unidade de saúde deliberou a criação de uma equipa multidisciplinar para acompanhamento de utentes e respectivos familiares afectados por acontecimentos graves e dolorosos, na sequência do falecimento, em circunstâncias penosas, de um recém-nascido no serviço de Neonatologia.

7. No âmbito da relação jurídica de emprego público, em pelo menos dois casos o Provedor de Justiça foi chamado a intervir para que aos funcionários fosse garantido o recebimento de quantias devidas em função de actividades efectivamente exercidas. Por outro lado, continuam em instrução processos relativos à transparência de procedimentos concursais e respectivas regras de acesso. Foi igualmente alertada a Administração para a necessidade de respeito pela legitimidade processual activa dos funcionários relativamente às decisões que lhes digam respeito, com relevo quer quanto ao direito de participação, quer quanto à exigência de fundamentação dos actos da Administração.

8. Pese embora a circunstância de estar suficientemente esclarecido que o Provedor de Justiça não tem competência para emitir pareceres a pedido dos reclamantes, as características da Extensão dos Açores e as relações que se vão estabelecendo com as entidades públicas regionais têm permitido uma especial colaboração institucional. Foi nesse contexto, e também no intuito de colaborar na busca das melhores soluções para a Administração Pública, que foi aberto um processo da iniciativa do Provedor de Justiça, que teve por objecto a definição e o posterior esclarecimento do quadro de competências das autarquias locais e da Administração Regional Autónoma, em sede de manutenção dos edifícios escolares nos Açores. Foi possível concluir que a existência de um corpo legislativo específico determinou uma repartição de

competências própria da Região Autónoma dos Açores, mas respeitadora dos princípios das autonomias regional e local.

Actividade da Extensão

9. A Administração Regional Autónoma é visada na maior parcela das queixas apresentadas pelos particulares (49,7%), seguindo-se os municípios, destinatários de 21,5% das reclamações, sendo a Administração Central visada em 12,8% dos pedidos de intervenção dirigidos à Provedoria de Justiça.

Das queixas apresentadas, 45% têm origem na Terceira, seguindo-se São Miguel, responsável por 21,5%, e o Faial, de onde provêm 12,8% das reclamações.

10. É de assinalar, em geral, o bom nível da colaboração prestada pela Administração Regional Autónoma. A Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, com quem a Provedoria de Justiça estabeleceu um protocolo de boa colaboração, tem reunido regularmente com a Extensão no âmbito da instrução dos processos.

11. Os desafios que se colocam à Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça, atento o quadro acima descrito, são assim o de garantir uma resposta célere aos pedidos de intervenção dos particulares e o de, pela divulgação dos objectivos da actuação deste órgão do Estado, assegurar um cada vez maior acesso dos cidadãos de todas as ilhas ao serviço prestado.

2.8.2. Recomendações

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Lagoa

R-3186/02
Rec. n.º 1/A/2004
Data: 23.02.2004
Assessor: Miguel Menezes Coelho

I Introdução

Em virtude do recebimento de queixa na Extensão dos Açores foi aberto um processo na Provedoria de Justiça cujo objecto era o funcionamento de uma pizzaria, sita no concelho de Lagoa. Em síntese, a reclamação resultava do facto de, no mês de Setembro de 2002, os fornos da pizzaria instalada no rés-do-chão do edifício em causa continuarem a gerar níveis de calor susceptíveis de causar incomodidade e de produzir danos na habitação sita no 1.º andar, não obstante a circunstância de, no dia 5 de Novembro de 2001, ter sido realizada uma vistoria ao estabelecimento reclamado que concluiu no sentido de ser necessária a execução das obras indispensáveis para dotar o edifício das ‘condições adequadas de comportamento térmico e de exaustão de fumos e gases’ (vide ‘Auto de Vistoria da Comissão de Vistorias para a Concessão de Licença de Utilização dos Estabelecimentos de Bebidas e Restauração’).

O problema preexistente – e cuja resolução pareceria pacífica e facilmente alcançável, mesmo porque a Comissão de Vistorias para a Concessão de Licença de Utilização dos Estabelecimentos de Bebidas e Restauração integrava uma arquitecta e um fiscal municipal, ambos nomeados pela Câmara Municipal de Lagoa – foi subsistindo muito para além de um prazo razoável, com consequências gravosas para a qualidade de vida e saúde do munícipe queixoso.



II Exposição de motivos

§ 1. A instrução do processo

Em face da verificação de que o procedimento municipal tendente a verificar a existência da situação reclamada estava já concluído – tendo sido lavrado o auto de vistoria supra mencionado –, importava saber se: (1) fora cumprido o disposto no último parágrafo do mencionado relatório relativamente à fixação de um prazo de 30 dias para apresentação do projecto de técnico oficialmente habilitado; (2) em que data fora aquela exigência comunicada ao proprietário; (3) em que data fora aquela exigência cumprida pelo proprietário; (4) qual o estado do procedimento de execução das obras tendentes à criação das condições de laboração; (5) qual o prazo fixado para a conclusão dos trabalhos e (6) para quando se previa a realização de nova vistoria.

Antecipando a possibilidade de uma resposta negativa à primeira questão (se fora cumprido o disposto no último parágrafo do mencionado relatório), perguntou-se, também, que circunstâncias haviam impedido, até então, a cassação da licença e para quando se previa o encerramento do estabelecimento.

Finalmente e independentemente das respostas obtidas às questões anteriores, questionou-se a Câmara Municipal de Lagoa sobre os motivos que impediam que, cautelarmente, fosse impedida a continuação da utilização dos fornos, mesmo que se permitisse o prosseguimento da laboração do estabelecimento.

Todas estas questões foram colocadas por ofícios da Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça.

Atente-se no teor da resposta prestada a coberto de um deles que a seguir se sintetiza:

- foi fixado um prazo de 30 dias para que o proprietário do estabelecimento apresentasse projecto de isolamento térmico e de exaustão de fumos e gases, presumindo-se que o prazo contou desde 20.02.02 (data do ofício da câmara municipal);
- o proprietário pediu prorrogação, por 60 dias;
- a câmara municipal concedeu a prorrogação pedida (presumindo-se que desde o dia 22.03.02, data do despacho do vereador);

- em 13.06.02 deu entrada na câmara o projecto de exaustão de fumos e gases o qual, aparentemente, foi indeferido – diz-se ‘aparentemente’ uma vez que no ofício diz-se que ‘foi emitido parecer do Gabinete Técnico [da] Autarquia (...) *sugerindo...*’ (sublinhado meu);
- por ofício de 27.09.02 foi dado conhecimento ao proprietário da pizzeria do teor do parecer do gabinete técnico;
- em 05.11.02 o proprietário foi notificado para, em 20 dias, apresentar projecto de isolamento térmico e exaustão de fumos e gases, sob pena de a câmara instaurar procedimento tendente a encerrar o estabelecimento.

Destaque-se que, em 05.11.02 – logo, exactamente 1 ano após a realização da vistoria – o proprietário foi notificado para, em 20 dias, apresentar projecto de isolamento térmico e exaustão de fumos e gases.

O total desrespeito pelos resultados alcançados na vistoria realizada em 05.11.01 é susceptível, por si só, de gerar um enorme descrédito sobre o funcionamento dos serviços da Câmara Municipal de Lagoa e tal circunstância justificaria, mesmo sem mais, uma tomada de posição por parte do Provedor de Justiça, na medida em que a intervenção da autarquia foi sempre feita em claro benefício de uma das ‘partes’ (o proprietário da pizzaria) e em prejuízo, não só do munícipe reclamante como, e sobretudo, do interesse público.

Ademais, a atitude da Câmara Municipal de Lagoa relativamente às conclusões da vistoria não pode deixar de significar a absoluta irrelevância das intervenções futuras da comissão, pondo em risco a ‘isenção’ que deveria resultar da natureza estritamente técnica daquele procedimento.

E, finalmente, a injustificada prorrogação dos prazos fixados é reveladora de uma evidente confusão entre ‘discrecionabilidade’ e ‘arbitrariedade’ na actuação administrativa sendo que, na situação que venho acompanhando, pareceu ter existido sempre a intenção de não sancionar as irregularidades que foram detectadas.

Por tudo isto, logo em 17.12.2002 este órgão do Estado revelou estranheza pela afirmação de que “a razão porque não foi cautelarmente impedida a continuação da utilização dos fornos foi a de tratar-se de um estabelecimento de ‘Pizzaria’ o qual necessita dos fornos para a confecção das pizzas e porque o proprietário do estabelecimento em questão prontificou-se a solucionar o

problema (...)” (cf. ofício da Câmara Municipal da Lagoa) e destacou que a circunstância de um determinado estabelecimento carecer de fornos para funcionar pareceria impor, não o funcionamento ilegal e em desrespeito pelas pertinentes normas do RGEU mas, diferentemente, que o proprietário cuidasse de assegurar as necessárias condições de laboração antes de abrir portas e, por outro lado, que o facto do proprietário ter-se prontificado a solucionar o problema não impediu que já tivesse decorrido mais de um ano desde a data da vistoria ao estabelecimento reclamado (05/11/2001), na sequência da qual foram lavradas no Auto de Vistoria da Comissão de Vistorias para a Concessão de Licença de Utilização dos Estabelecimentos de Bebidas e Restauração as conclusões sobre o respectivo funcionamento irregular. Ao mesmo tempo, alertou-se para o facto de a verificação da situação irregular não ter dado lugar à instauração de procedimento de contra-ordenação, a qual parecia configurar, naquele contexto, um poder vinculado, da câmara municipal.

Contudo, a estupefacção da Provedoria de Justiça não ficaria por aqui. Com efeito, a coberto do ofício de 15.07.03, dignou-se V. Ex.^a dar conta da circunstância de ter ‘concedido o prazo de 60 dias ao proprietário da pizzaria para proceder à execução das respectivas obras’ (de exaustão de gases e fumos, acrescente-se).

Ora, por força do princípio da proporcionalidade, estava vedada à Câmara Municipal da Lagoa a possibilidade de ser adoptada uma solução que apresentasse inconvenientes excessivos em relação às vantagens que comportava pelo que, a par dos interesses económicos do proprietário da pizzaria, haveria a autarquia de atender, também, à situação do munícipe reclamante – o que, manifestamente, não foi feito.

O que a instrução do presente processo revelou foi, diferentemente, uma indesculpável vassalagem a um dos interesses em confronto em desfavor do outro.

§ 2.

O isolamento térmico da edificação como valor essencial de ordem pública

Quanto à matéria do isolamento térmico, afirmou V. Ex.^a – por remissão para um parecer jurídico, datado de 06.07.03 (logo, quase dois anos após a vistoria) – que por ‘não existir norma que legitime a intervenção da câmara,

nada haverá a decidir, podendo o interessado, se assim o entender, recorrer aos tribunais para aí fazer valer os seus direitos’, concluindo que ‘quanto ao isolamento térmico o RGEU não contém qualquer disposição que obrigue a dotar as edificações de qualquer grau de isolamento térmico relativamente às construções vizinhas’.

Perdoar-me-á V. Ex.^a que a presente Recomendação não aprofunde desnecessariamente este debate, limitando-se a lembrar que, como vem sendo defendido pelo Supremo Tribunal de Justiça, quando as obras de reparação e conservação de um determinado prédio se prendem com valores essenciais públicos (v.g., a higiene, a salubridade, a habitabilidade), esses valores sociais fundamentais estão tutelados pelas normas de ordem pública vertidas no RGEU.

É neste contexto e com este sentido que devemos atender ao facto de o artigo 42.º, do RGEU, integrado em capítulo relativo a ‘Pavimentos e coberturas’, dispor que as coberturas das edificações devem ser construídas com materiais ‘capazes de garantir o isolamento calorífico’.

Na verdade, decorre da redacção desta norma a minha completa discordância relativamente à parte do parecer que afirma que ‘a disposição do artigo 42.º do RGEU (...) [diz] respeito à cobertura, ao tecto, das edificações e visa acautelar o isolamento da edificação relativamente aos agentes atmosféricos (calor, chuva, neve, granizo, etc.) que actuam do exterior’, uma vez que este entendimento parece ser demasiado restritivo (e interessar, unicamente, à posição do proprietário da pizzaria) porquanto:

i. ele omite o facto de o artigo 42.º incluir a conjunção coordenativa copulativa ‘e’ que liga os ‘materiais impermeáveis, resistentes ao fogo e à acção dos agentes atmosféricos’ (características necessárias dos elementos construtivos) à capacidade de ‘garantir o isolamento calorífico’ (fim da cobertura). Na verdade, o texto legal impõe que os materiais assegurem a impermeabilização, a resistência ao fogo e a resistência aos agentes atmosféricos (e não se refere apenas a estes, ao contrário do que é dito no parecer) mas acrescenta que [as coberturas das edificações serão construídas com materiais...] capazes de garantir o isolamento calorífico adequado ao fim a que se destina a habitação;

ii. a posição expendida no parecer radica na relevância do agente agressor (que é instrumental) e descarta, em absoluto, o valor de ordem pública a acautelar (que é determinante). Acresce, ainda, que o parecer não

refere que o artigo 42.º também alude à resistência ao fogo que, naturalmente, não é um agente atmosférico;

iii. o que importaria não era saber se o artigo 42.º dizia respeito ao tecto exterior da edificação mas, diferentemente, se dizia apenas respeito a essa cobertura exterior ou se respeitava a todas as coberturas, mesmo interiores. Na verdade, se em um edifício de andar único a cobertura relevante será o (único) cobrimento exterior da casa, já em edifícios construídos em altura as imposições devem estender-se às coberturas de cada piso (e ao correlativo pavimento de cada piso), afigurando-se ser totalmente desajustado, em termos de ordem pública, que a impermeabilização, a resistência ao fogo ou o isolamento calorífico adequado somente seja imposto relativamente às partes das edificações que contactam directamente com o exterior;

iv. aliás, o artigo 35.º, que vem integrado no mesmo capítulo no RGEU, refere expressamente a defesa contra a propagação de ruídos e vibrações através dos pavimentos, sendo que não limita a competência municipal às ofensas que provenham do exterior da edificação (abarcando também, naturalmente, as produzidas no interior).

Resta acrescentar que o funcionamento de um forno junto a uma habitação sem o correspondente e necessário isolamento calorífico é susceptível de violar um valor essencial de ordem pública, na medida em que afecta, gravemente, as condições de salubridade [i.e.: qualidade ou estado de salubre (salubre: bom para a saúde; saudável; higiénico; sadio), condições favoráveis à saúde; higiene, como refere a 7.ª edição do Dicionário da Língua Portuguesa da Porto Editora] do edifício contíguo.

Por tudo isto confesso que não compreendo o cisma em considerar que a Câmara Municipal de Lagoa é incompetente para lidar, definitivamente, com esta questão.

§ 3.

Os direitos constitucionais ao ambiente e à habitação

Mas se dúvidas podem ser invocadas (ainda que eu não as tenha) relativamente à circunstância de o isolamento térmico ser, ou não, um valor essencial de ordem pública, entendo que não existe a mínima ambiguidade no que

concerne o facto de esta matéria relevar em termos da denominada Constituição Ambiental.

De facto, é consabido que a Lei Fundamental (CRP), a par de consagrar que ‘todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado’ (artigo 66.º, n.º 1), prescreve que é também de todos ‘o dever de o defender’. A compaginação deste dever genérico com o princípio da procura do nível mais adequado de acção [artigo 3.º, alínea *f*), da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, ou Lei de Bases do Ambiente ou, simplesmente, LBA] vai significar, necessariamente, a incumbência prioritária de uma actuação disciplinadora por parte das entidades locais com competência para fiscalizar o uso e a ocupação das edificações. Por outro lado, o basililar princípio da prevenção [artigo 3.º, alínea *a*), da LBA] igualmente impõe à Câmara Municipal de Lagoa a obrigação de actuar, antecipativamente, sobre a causa e desaconselha o mero encaminhamento para os meios judiciais.

Chamo a atenção de V. Ex.^a para o facto de o calor produzido pelo Homem ser, com toda a probabilidade, um dos componentes ambientais humanos que, nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 1, *in fine*, da LBA, deve ser objecto de medidas disciplinadoras com vista à obtenção de uma melhoria da qualidade de vida, na medida em que constitui um dos factores de poluição a que alude o artigo 21.º do mesmo normativo.

Afirmar, como faz o parecer, que não está em causa o direito constitucional ao ambiente e acrescentar, também, que inexistente norma legal que permita a intervenção da autarquia é pretender esquecer, desde logo, o disposto no artigo 66.º da CRP que, enquanto direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias é, por força do disposto nos artigos 17.º e 18.º, directamente aplicável e vincula as entidades públicas e privadas. Na verdade, não só está aqui em causa o ambiente como, também, a promoção do bem-estar e da qualidade de vida, incumbências fundamentais das autarquias locais, nos termos do disposto no artigo 9.º, alínea *d*), da CRP. E, já agora, conviria não esquecer a circunstância de o funcionamento dos fornos da pizzaria estar a pôr em crise um outro direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, o direito à habitação condigna, adequada e em condições de higiene e conforto (artigo 65.º, n.º 1, da CRP).

III Conclusões

Na decorrência do que deixei exposto impõe-se concluir que o funcionamento dos fornos do estabelecimento reclamado é susceptível de causar uma grave lesão do interesse público, por atingir os valores essenciais fundamentais que são a salubridade da habitação contígua e a saúde dos residentes no 1.º andar (para além de, manifestamente, colidir com normas de direito ambiental).

Resta acrescentar que se me afigura dificilmente aceitável a existência, e o funcionamento normal, de uma pizzaria sem condições de isolamento térmico, exactamente como seria estranho que aquele estabelecimento não dispusesse de saneamento básico, de água ou de electricidade, uma vez que a verificar-se qualquer uma destas circunstâncias haveria colisão com o interesse público, na medida em que estariam afectados os valores básicos da saúde e da segurança.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.^a, Senhor Presidente da Câmara Municipal da Lagoa:

A) Que seja imposta ao proprietário da pizzaria sita no concelho de Lagoa, a realização dos trabalhos referidos no auto de vistoria da Comissão de Vistorias para a Concessão de Licença de Utilização para os Estabelecimentos de Bebidas e Restauração, de 05.11.01, por forma a dotar o estabelecimento das condições adequadas de comportamento térmico e de exaustão de fumos e gases;

B) Que, atento o período anormalmente longo já decorrido desde a realização da vistoria, o prazo a fixar seja improrrogável;

C) Que, decorrido o prazo mencionado em B) sem que estejam executados os trabalhos, seja cassado o respectivo alvará.

Permito-me lembrar a V. Ex.^a a circunstância de a formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto no artigo 38.º,

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.

Resposta inconclusiva. A Provedoria de Justiça continua a acompanhar o assunto.

Sua Excelência
O Presidente do Governo Regional dos Açores

R-3385/03
Rec. n.º 4/A/2004
Data: 06.04.2004
Assessor: Miguel Menezes Coelho

I Introdução

“(…) *No passado dia 23 de Maio [de 2003] pelas 15 horas o aluno ... do 8.º ano turma ... foi agredido, a murro, pelo aluno do 7.º ano turma ..., quando se encontravam nos balneários após as aulas de educação física, da agressão resultou lesão grave na vista esquerda, levando à perda (sic) total da visão nesse olho (...)*”. Este excerto do despacho do Presidente do Conselho Executivo da EB 3/S Pe. Jerónimo Emiliano de Andrade, de 26.05.2003, fixa parte da matéria de facto relevante para efeitos da presente instrução e partir-se-á desta descrição para a formulação da presente Recomendação.

Do mesmo passo, reter-se-á o facto do instrutor do processo de averiguações oportunamente instaurado ter afirmado expressamente que “*a questão (...) da responsabilidade civil por parte do estabelecimento de ensino (...) [extravasa] os poderes e as competências*” que lhe haviam sido confiadas e, depois de esclarecer que iria ‘levantar o véu’ da questão, ter acabado por concluir que, para além dos funcionários implicados não deverem ser disciplinarmente sancionados, também considerava “*que a Escola [não podia] ser responsabilizada civilmente por força da parte final do artigo 491.º do Código Civil*”.

Tudo indica ²⁴⁴ que apenas depois de iniciada a instrução do processo aberto neste órgão do Estado veio a ser ponderada a pertinência da aplicação do regime do seguro escolar à situação em apreço, tendo a Secretaria Regional da Educação e Cultura decidido, com base em informação (não numerada nem datada) do técnico superior de 2.^a classe, que “*a situação verificada não é abrangida [pelo regime do seguro escolar] (...)*” uma vez que:

- “*de acordo com o n.º 4 do artigo 17.º do Regulamento da Acção Social Escolar, diploma aprovado pela Portaria n.º 87/2003, de 6 de Novembro (...) o seguro escolar consiste num mecanismo de protecção económico-financeira complementar do prestado pelos sub-sistemas de saúde, destinado a cobrir o risco inerente aos danos resultantes do acidente escolar (...)*”;
- “*no mesmo sentido prescreve o artigo 5.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2003/A, de 13 de Agosto (...)*”;
- “*no âmbito dos acidentes escolares não cabem as situações de agressão, como aliás, resulta da circular n.º 1/S3/FRSE, de 21 de Julho*”.

Mencione-se, a propósito, que ao contrário do que foi afirmado pelo técnico superior de 2.^a classe (na anteriormente mencionada informação) não parece ter sido “*indevida*” a alusão feita pelo meu assessor à aplicação da Portaria n.º 73/2001, de 13 de Dezembro, uma vez que a presente instrução refere-se à eventual aplicação do regime do seguro escolar a um facto ocorrido em 23 de Maio de 2003.

De facto, na medida em que, como explica numa síntese feliz o STJ ²⁴⁵, “*as leis que regulam a constituição ou processo formativo numa situação jurídica não podem, sem retroactividade, afectar as situações jurídicas anteriormente constituídas (n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil)*” e porque, como também acrescenta o mesmo Tribunal, “*será em face da lei vigente ao tempo da sua constituição que devem ser decididas as questões de saber se uma situação jurídica se constitui ou não regularmente, ou se enferma de quaisquer*

²⁴⁴ Pelo menos de acordo com a documentação escrita consultada pela Provedoria de Justiça.

²⁴⁵ Cf. Acórdão de 16.01.1987, proferido no processo n.º 1469, cujo sumário pode ser consultado em [www.dgsi.pt/jstj.nsf/...](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/)

vícios na sua formação”, a circunstância da lesão ter ocorrido em 23 de Maio de 2003 não permite considerar que estava em vigor o regime previsto na Portaria n.º 87/2003, simplesmente porque este normativo apenas veio a ser publicado mais de 5 meses mais tarde, no dia 6 de Novembro de 2003. Assim sendo, quando – no dia 23 de Maio de 2003 – o aluno do 8.º ano turma D da EB 3/S Pe. Jerónimo Emiliano de Andrade foi objecto de um incidente não estava em vigor o Regulamento da Acção Social Escolar, aprovado pela Portaria n.º 87/2003, de 6 de Novembro.

Ainda que, como bem reportou o ofício que o Gabinete do Secretário Regional da Educação e Cultura endereçou ao Gabinete de Vossa Excelência (n.º 100.GAB, de 2004.01.20), “*actualmente em matéria de Acção Social Escolar vigora o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2003/A, de 13 de Agosto e o respectivo Regulamento aprovado pela Portaria n.º 87/2003, de 6 de Novembro*”, a análise que importa fazer refere-se necessariamente ao regime constante da Portaria n.º 73/2001, de 13 de Dezembro. Na medida em que parece ser pacífico que à situação em apreço aplicar-se-á, eventualmente, o regime do seguro escolar previsto na Portaria n.º 73/2001, de 13 de Dezembro, está respondido o argumento segundo o qual era aplicável a Portaria n.º 87/2003, de 6 de Novembro. Do mesmo passo, não se encontra nenhuma relação entre a invocação da disciplina constante do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2003/A, de 13 de Agosto, e a conclusão da não aplicabilidade do seguro escolar ao evento em apreço. Pelo contrário, retira-se da leitura do artigo 5.º daquele diploma um dos mais fortes argumentos em favor da tese da ilegalidade da actuação da Administração Regional relativamente ao aluno.

Considera-se ser totalmente incompreensível o facto do ofício mencionar, adiante, que “*no caso em apreço, ocorreu uma agressão entre dois alunos, não se preenchendo deste modo o campo de aplicação do regime do seguro escolar pois, no âmbito dos acidentes escolares não cabem situações de agressão, como resulta do ponto 2.2.1. b) da circular n.º 1/S3/FRASE, de 21 de Julho, emitida pela então, Direcção Regional de Administração Escolar (...)*”, uma vez que esta fonte de direito interna versa, naturalmente, sobre o regime em vigor no dia 21 de Junho de 1983 e, para além de estar desajustada relativamente à acção social escolar institucionalizada mais de 20 anos decorridos, certamente já caducou. Quanto a este último aspecto, deve referir-se que, mesmo que se aceitasse a aplicação das disposições da Portaria n.º 87/2003, de 6 de Novembro, à situação objecto de controvérsia (o que,

naturalmente, não se concede), por maioria de razão não poderia estar em causa – nem ser invocada – a circular n.º 1/83/FRASE, de 21 de Julho, emitida pela, então, Direcção Regional de Administração Escolar. Acresce, também e finalmente, que o carácter interno das *instruções* impediria – ou, pelo menos, desaconselharia – a sua invocação externa, em face da ausência de força obrigatória geral ²⁴⁶.

Rebatidos os argumentos apresentados no sentido de justificar que não haja sido desencadeado o mecanismo próprio do seguro escolar, partir-se-á para a demonstração da necessidade de ser iniciado – de imediato – o processo de indemnização relativo à lesão sofrida pelo aluno.

II Exposição de motivos

§ 1. Seguro escolar

Ponderar-se-á adiante a questão de saber se a Administração pode responder, ou não, a título de culpa *in vigilando* pela conduta que atingiu o aluno interessado. Antes, porém, importa analisar o disposto no artigo 17.º da Portaria n.º 73/2001, de 13 de Dezembro. Para além de se definir que o *seguro escolar* era complementar da assistência assegurada por outros sistemas (n.º 3) e consistia num mecanismo de protecção destinado a cobrir o risco inerente aos danos resultantes do acidente escolar (n.º 4), aquela disposição definia a cobertura do seguro escolar em termos subjectivos (n.º 5), objectivos (n.º 6, 7 e 8) e negativos (9). Em termos subjectivos, o aluno cumpria os requisitos definidos pelo n.º 5 do artigo 17.º, na medida em que frequenta um estabelecimento público de ensino. Em termos objectivos, o n.º 6 considerava *acidente escolar* o “*sinistro de que resulte para o beneficiário lesão corporal,*

²⁴⁶ As circulares (ou, como também são designadas, as instruções) produzem normas internas que apenas vinculam no interior de uma dada hierarquia (neste sentido, por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 3.ª Edição, F.C. Gulbenkian, Lisboa, 1983, p. 238).

incapacidade temporária ou permanente, doença ou morte” que ocorresse, nomeadamente (como foi o caso), nas instalações do estabelecimento de ensino, e o n.º 7 estendia mesmo a cobertura do seguro escolar a situações ocorridos fora do estabelecimento. Finalmente, o n.º 9 continha uma definição negativa, excluindo a cobertura dos sinistros ocorridos durante as deslocações (o que, como é sabido, não foi o caso). Em sentido idêntico, aliás, pode ver-se o artigo 25.º da Portaria n.º 413/99, de 8 de Junho, aplicável no Continente.

Em face deste apanhado, não se compreende que a Administração Regional tenha decidido excluir do âmbito objectivo e subjectivo do seguro escolar o incidente verificado com o aluno, uma vez que nenhuma disposição da Portaria n.º 73/2001 permitia defender que as ‘agressões’ não estão compreendidas na noção de acidente escolar²⁴⁷. Antecipando a possibilidade – que se antevê provável – de vir a ser invocado o elemento literal da interpretação para justificar a decisão posta em crise (alegando que ‘acidente’ e ‘agressão’ são duas realidades distintas) verifique-se que o legislador não cuidou de afastar, expressamente, a aplicação do âmbito do seguro escolar às situações de agressão, mesmo tendo explanado no n.º 9 do artigo 17.º outras razões de desaplicação do regime do seguro escolar. Aliás, em termos hipotéticos poder-se-ão encontrar inúmeras justificações para considerar que as ‘agressões’ estão compreendidas na noção de acidente para efeitos de aplicação do regime do seguro escolar, de entre as quais destaco as seguintes:

- desde logo, porque é difícil compaginar o uso do vocábulo ‘agressão’ com a circunstância do incidente ter envolvido – enquanto pretensão ‘agressor’ – um rapaz de 15 anos, logo inimputável. A aceitar-se aquela argumentação (que considero juridicamente absurda) também em uma outra qualquer alteração entre crianças com idades inferiores a 16 anos (*v.g.* quando uma criança de 5 anos ferisse uma outra de 6 anos) poder-se-ia encontrar um ‘agressor’ e um ‘agredido’;

²⁴⁷ Acrescente-se, aliás, que na 7.ª edição do Dicionário de Língua Portuguesa, da Porto Editora, acidente é descrito como: *qualidade não essencial de uma coisa; acontecimento repentino, fortuito e desagradável; acontecimento do qual veio a resultar qualquer prejuízo para pessoas ou coisas; contingência; peripécia; desastre.*

- em complemento, porque é extremamente ténue a fronteira entre a ‘agressão’ praticada por uma criança e a ocorrência de um acidente causado pela sua natural inquietude e imponderação;
- depois, porque o seguro escolar não tende a penalizar o ‘agressor’ mas, diferentemente, visa proteger a vítima. Assim, não parece ser aceitável que os danos físicos ocorridos em um estabelecimento de ensino, na sequência de actividades curriculares obrigatórias e causados por outro aluno menor do mesmo estabelecimento deixem de ser susceptíveis de desencadear o procedimento inerente ao pagamento da correspondente indemnização, simplesmente porque não é justo deixar sem protecção o aluno acidentado;
- finalmente, porque, verificados os requisitos subjectivos e objectivos, a regra será – obviamente – a aplicação do mecanismo de protecção resultante do seguro escolar, apenas devendo excluir-se as situações que indubitavelmente não possam ser abarcadas.

Ao contrário do que seria expectável, o entendimento propugnado na presente situação pela Administração Regional em nada penalizou o aluno pretensamente ‘atacante’ (circunstância que parecia ser o corolário lógico da qualificação como ‘agressor’) mas, ao mesmo tempo, isentou totalmente de responsabilidades os dirigentes e funcionários da EB 3/S Pe. Jerónimo Emiliano de Andrade e, finalmente, também desaplicou o regime do seguro escolar. Como se não bastasse tudo isto, o critério interpretativo adoptado ainda deixou ao abandono o aluno.

Chegado aqui, não posso evitar interrogar-me: para que serve, então, o seguro escolar?

§ 2.

Culpa *in vigilando* e transferência dos deveres inerentes ao poder paternal

A tudo isto acresce, ainda e como é consabido, que o artigo 491.º, do Código Civil (CC) estabelece a responsabilidade pelos danos causados a terceiros por parte das pessoas obrigadas por lei a vigiar outras, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância, ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.

Para mais, tem sido entendido que mesmo o dever de vigilância incluído no poder paternal (*cf.* artigo 1877.º e ss., CC) é transferido para os órgãos e agentes da Administração Escolar de um modo genérico – também a título de *culpa in vigilando* – pelos actos dos alunos menores [designadamente pelos desmandos que estes cometam dentro do recinto escolar ou do lugar onde decorram actividades organizadas pela escola (Acórdão n.º 557/03, de 04.12.2003, em *www.dgsi/...*)]. Note-se, até, que este mesmo acórdão afirma, expressamente, que “*é certo que aos deveres de conduta dos alunos corresponde o dever da escola de fazê-los respeitar. Do mesmo passo que impõem condutas a observar pelos alunos, as normas que as estabelecem constituem a escola no dever de assegurar o seu cumprimento*”.

Partindo da invocação da disposição contida no artigo 491.º, CC, importará apurar se existia o dever de vigilância do estabelecimento de ensino, situação em que a responsabilidade da Administração emergiria de uma conduta omissiva que consistiria na violação do dever de vigilância dos alunos que, por lei, seria imposto aos seus agentes. Simplificando, dir-se-á que importa ponderar a verificação da modalidade de ilicitude que consiste na violação de normas de protecção e que exige:

- que o agente tenha incumprido obrigação postulada por uma norma que impõe determinado comportamento;
- que a imposição (da norma) visasse a tutela de interesses particulares;
- que tenha ocorrido um dano na esfera dos interesses tutelados pela norma.

Note-se, a este propósito e com referência ao circunstancialismo particular da EB 3/S Pe. Jerónimo Emiliano de Andrade, que existe uma funcionária destacada para a vigilância e manutenção do balneário feminino e, outra, para o balneário masculino. Neste sentido, concorrem, e concordam, os vários depoimentos prestados e – o que é ainda mais essencial – as seguintes declarações do Presidente do Conselho Executivo: “*encontram-se destacados para a vigilância e manutenção dos [dois balneários] duas funcionárias*” (*vide* auto de declarações de 03.06.2003). Assim, e conforme é referido pelo titular do órgão executivo máximo do estabelecimento de ensino existe, não só a obrigação vigilância como ela deve ser desenvolvida, mesmo, relativamente a cada um dos balneários, em separado. Se não fosse relevante a vigilância dos

balneários não seriam destacadas duas funcionárias para executar tais tarefas.

Contudo, também resulta do depoimento da Senhora D. que “*não existe funcionário do sexo masculino responsável pela vigilância do balneário masculino do 2.º piso. Assim, quando os alunos se encontram a vestir ou despir não existe qualquer vigilância a este balneário, pois não faz sentido que a depoente e a sua colega Isabel Teixeira entrem no mesmo*”. Este facto chega mesmo a merecer a crítica directa da Senhora D. que “*pensa que existem poucos funcionários e que aqueles que vigiam os balneários têm também de prestar apoio aos professores de educação física no gabinete, pelo que julga ser difícil ou quase impossível, por vezes, estas cumprirem ao mesmo tempo as suas obrigações*” e a sugestão para que “*a vigilância do balneário masculino [passe a] ser assegurada por um elemento do mesmo sexo (...)*”.

Contudo, um outro facto ocorrido no dia 23 de Maio de 2003 foi absolutamente – e inexplicavelmente – desvalorizado nas conclusões do relator, a saber: a Senhora D. – funcionária aparentemente incumbida de assegurar a vigilância no balneário masculino onde ocorreu o episódio determinante – faltou ao serviço por motivo de doença, pelo que se conclui que não estava a ser exercida a vigilância devida – e necessária – no balneário masculino quando ocorreram os factos que deram origem à lesão do aluno.

Retornando às averiguações, não pode evitar-se concluir que somente foram levadas em conta as partes dos depoimentos que permitiram a desresponsabilização do estabelecimento de ensino, do conselho executivo e das funcionárias, sendo totalmente olvidada a questão – que se julgaria principal – da salvaguarda da integridade física do aluno e do apoio nos tratamentos urgentes a realizar. Contudo, inúmeros elementos constantes do *processo de averiguações* justificariam, no mínimo, uma chamada de atenção ao conselho executivo para que pensasse na reorganização do sistema de vigilância dos balneários, por forma a evitar a repetição de tão graves acontecimentos.

Em face da evidente contradição entre as conclusões do processo e os factos apurados no decurso das averiguações e que, alegadamente, lhes deram origem dir-se-á, sem mais, que o relatório padece de vício gerador de invalidade (artigo 125.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo).

§ 3. Regras de prudência comum

Sem embargo do que ficou dito, pode acrescentar-se que a ilicitude da conduta omissiva da Administração Escolar seria invocável mesmo na ausência de disposições legais ou regulamentares expressas. De facto, o dever de vigilância (designadamente dentro do recinto escolar) encontra fundamento último nas próprias regras de prudência comum, como resulta do disposto na parte final do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, que descobre a ilicitude da conduta da administração da omissão das “*regras de prudência comum que devessem ser tidas em consideração*”.

Contudo, como é consabido, existe preceito legal que expressamente impõe às escolas públicas a vigilância dos alunos, não é necessário ir além da análise do diploma que define o estatuto dos alunos dos estabelecimentos públicos dos ensinos básico e secundário. Este estabelece os respectivos direitos e deveres gerais e consagra um código de conduta que contempla regras de convivência e de disciplina que devem ser conhecidas e observadas por todos os elementos da comunidade educativa. Com efeito, sobre os direitos dos alunos, dispõe-se no artigo 13.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro, que o aluno tem direito a:

(...)

f) beneficiar, no âmbito dos serviços de acção social escolar, de apoios concretos que lhe permitam superar ou compensar as carências do tipo sócio-familiar, económico ou cultural que dificultem o acesso à escola ou o processo de aprendizagem;

(...)

i) ver salvaguardada a sua segurança na escola e respeitada a sua integridade física e moral;

(...)

De facto, para além de corresponder a uma obrigação do estabelecimento de ensino, a salvaguarda das condições de segurança, é também, e essencialmente, um direito dos alunos, de todos os alunos e, assim, também do aluno.

§ 4. Desfecho

Entende o Provedor de Justiça ser pacífico que as escolas públicas têm a obrigação de organizar-se de forma a garantir a segurança das crianças e jovens e assegurar que elas estão a salvo dos perigos gerados, não só por terceiros como, até, pela sua própria irrequietude e imponderação. Por outro lado, decorre dos preceitos acima mencionados – cada *de per si* ou em conjugação – que o estabelecimento escolar tinha o dever de organizar um sistema de vigilância dos alunos dentro do recinto escolar e durante o respectivo horário lectivo, com a finalidade de os proteger e, bem assim, de proteger terceiros das consequências de actos praticados no interior (*v.g.*, arremessar objectos para fora do perímetro escolar ou contra visitantes). Para mais, nas idades em apreço, os alunos carecem de especial vigilância, circunstância que foi expressamente reconhecida pelo conselho executivo ao fazer destacar, para cada balneário, uma funcionária incumbida da respectiva vigilância e manutenção. O que ocorreu no caso em apreço é que essa efectiva vigilância não foi exercida, logo, não foi, de facto, cumprido o dever de vigilância legalmente imposto à escola.

Ao verificar – como se fez na presente situação – que o dito ‘agressor’ nem sequer atingira a idade da imputabilidade penal (facto que naturalmente pressupõe que não dispunha da capacidade intelectual e volitiva para prever todas as consequências dos seus actos e de se orientar em conformidade), constatado que o entendimento seguido pela Administração Educativa radicou na única e apressada preocupação de eximir-se às naturais responsabilidades que lhe cabem na organização e gestão dos estabelecimentos públicos de ensino, na vigilância dos alunos que acolhe e no ressarcimento dos danos ocorridos nas instalações e no decurso das actividades lectivas.

Contudo, parece ter sido esquecido que o artigo 491.º, CC, estabelece uma responsabilidade por danos causados a terceiros por parte das pessoas obrigadas à vigilância, pelo que, tendo sido comprovado o não cumprimento efectivo daquele dever de vigilância, o encargo não pode deixar de ser do estabelecimento.

Aliás, o corolário lógico da pretendida responsabilização do aluno ‘agressor’ nunca poderia ser – como efectivamente veio a ser – a não aplicação do mecanismo do seguro escolar, mas deveria apenas redundar – o que seria



substancialmente diferente – no possível exercício do *direito de regresso* contra o transgressor. Não tendo actuado deste modo a Administração limitou-se a passar para a vítima o ónus de obter – presumivelmente pela via judicial e possivelmente daqui a longos anos – o ressarcimento dos danos.

Esta consequência afigura-se-me de todo iníqua.

III Conclusões

Uma vez que, segundo informações que me foram transmitidas, a situação clínica do aluno é grave, existindo o risco – efectivo e terrível – dele vir a perder a visão no olho afectado e carecendo, com urgência, de intervenção cirúrgica especialmente onerosa, concluo dizendo que aguardo que a Secretaria Regional da Educação e Cultura decida, com urgência e incondicionalmente, que o seguro escolar custeará as despesas já realizadas e suportará os tratamentos que o aluno vier a necessitar.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20.º, 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, de imediato, determine seja iniciado o processo de seguro escolar relativo ao acidente ocorrido no dia 23 de Maio de 2003 com o aluno, por forma a ser assegurada a cobertura da totalidade dos danos a ele causados e, bem assim, a serem custeados os tratamentos médicos necessários para debelar todas as lesões por ele sofridas.

Permito-me lembrar a Vossa Excelência a circunstância da formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto no artigo 38.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a comunicação a este órgão do Estado da posição fundamentada que vier a ser assumida em face das respectivas conclusões.

Acatada

Sua Excelência
O Presidente do Governo Regional dos Açores

R-3694/03
Rec. n.º 9/A/2004
Data: 25.10.2004
Assessor: José Álvaro Afonso

I Introdução

Em Fevereiro de 2002, a Inspeção Regional das Pescas (IRP) solicitou ao Instituto de Alimentação e Mercados Agrícolas (IAMA) o destacamento do veterinário A..., técnico superior principal do quadro deste instituto.

Fundamentava o destacamento requerido a necessidade de possibilitar à IRP o exercício das competências próprias com recurso a pessoal detentor das qualificações necessárias à verificação, designadamente, do cumprimento e da adequação das regras higio-sanitárias e técnico-funcionais dos estabelecimentos da indústria transformadora da pesca e das estruturas de primeira venda de pescado fresco e congelado, bem como da adequação às normas higio-sanitárias e do respeito das condições de conservação do pescado e seus subprodutos, frescos e refrigerados, nomeadamente os destinados à exportação, na área dos portos de pesca (*v. alíneas b) e e) do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 11/2000/A, de 29 de Março*).

Em 18 de Março do mesmo ano, foi autorizado o destacamento.

O funcionário destacado reclamou o direito à percepção do suplemento de função inspectiva.

A pretensão foi-lhe negada com os fundamentos seguintes:

- a) É ilegal o destacamento de funcionário da carreira técnica superior do regime geral para exercício de funções em carreira inspectiva;
- b) O suplemento de função inspectiva só é devido ao Inspector Regional das Pescas, ao pessoal dirigente e ao pessoal das carreiras de inspeção das pescas em exercício de funções na IRP;
- c) O exercício de funções inspectivas por funcionário não integrado em tal carreira não pode justificar a percepção do referido abono,

podendo o mesmo ser ressarcido por eventuais prejuízos através dos mecanismos legais apropriados.

O objecto da queixa, tal como delimitado pelo reclamante é, pois, o de saber se este, funcionário em exercício de funções inspectivas na IRP mas não integrado na carreira de inspecção, tem direito a suplemento remuneratório previsto no âmbito de tal exercício.

II Exposição de motivos

A

A IRP foi instituída pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 11/2000/A, de 29 de Março, exercendo as suas competências em coordenação com a Inspeção-Geral das Pescas (IGP) – v. artigo 3.º –.

A versão original do artigo 15.º deste Decreto Regulamentar previa que os grupos de pessoal técnico superior e de pessoal técnico integravam as carreiras do regime especial de inspecção, aplicando-se-lhes o regime previsto na orgânica da IGP (então o Decreto-Lei n.º 92/97, de 23 de Abril) para o pessoal de inspecção daquele organismo.

A orgânica da IRP foi alterada pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 25/2002/A, de 31 de Agosto, conforme determinara o Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001, de 13 de Novembro (v. artigo 2.º). Este diploma aplicou à Região Autónoma o Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, que estabelece o enquadramento e define a estrutura das carreiras de inspecção da Administração Pública.

Com tal alteração, por força do novo n.º 1 do artigo 14.º, as carreiras de regime especial de inspecção de pescas integram a de inspector superior de pesca, a de inspector técnico de pesca e a de inspector-adjunto de pesca.

O regime de modificação da relação jurídica de emprego está regulado no capítulo IV do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

Quanto à transferência, dispõe-se no artigo 25.º que “*consiste na nomeação do funcionário sem prévia aprovação em concurso para lugar vago do quadro de outro serviço ou organismo, da mesma categoria e carreira ou de carreira diferente (...)*”.

Já o destacamento é o “*exercício de funções a título transitório em serviço ou organismo diferente daquele a que pertence o funcionário ou agente, sem ocupação de lugar do quadro, sendo os encargos suportados (...) pelo serviço de origem, (...)*”. O n.º 2 do artigo 27.º acrescenta que o destacamento faz-se para a categoria que o funcionário já detém.

O artigo 23.º da orgânica da IRP (na redacção anterior às alterações produzidas pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 25/2002/A, de 31 de Agosto) previa a atribuição de um suplemento de risco. Tal norma, nunca foi, contudo, regulamentada.

É com o Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, que é criado o suplemento de função inspectiva, fixando o artigo 12.º os termos da sua atribuição.

Na redacção resultante do Decreto Regulamentar Regional n.º 25/2002/A, de 31 de Agosto, o artigo 21.º da orgânica da IRP dispõe que “*o inspector regional das Pescas, o pessoal dirigente e o pessoal das carreiras de inspecção de pesca, em exercício de funções na IRP, têm direito (...) a um suplemento remuneratório, correspondente a 22,5% da respectiva remuneração base.*”

Por força do artigo 19.º do diploma nacional, o abono do suplemento da função inspectiva produz efeitos a 1 de Julho de 2000.

B

Na análise da questão controvertida parece-me que não é possível deixar de discriminar dois momentos na modificação ocorrida na relação jurídica de emprego em que o reclamante é parte.

É certo que o funcionário só pode ser destacado para categoria que já detém — o que aliás se justifica porque o vencimento continua a ser assegurado pelo serviço de origem. Mas, isso “*não impede a possibilidade do desempenho de funções inerentes a categoria superior à detida, desde que para tanto preencha os necessários requisitos de habilitação*” (Adalberto Macedo, “O Destacamento na Função Pública Portuguesa”, in Revista da Administração Pública, ano I (1978), n.º 2, pp. 235). Ou, dito de outra forma “*(N)o destacamento não se exige identidade ou afinidade de funções, mas apenas que o destacado mantenha a categoria que já detém*” (Ac. STA, de 13 de Fevereiro de 1992).

Mutatis mutandis, o mesmo se diga do exercício de funções compreendidas em categoria de diferente carreira. No caso concreto com este sentido: é certo que a carreira de inspecção de pescas é uma carreira de regime especial, mas a respectiva estrutura indiciária contém-se dentro do limite máximo do índice 900, comum às carreiras do regime geral; a distinção relativamente às últimas faz-se apenas por via da diferente designação e pelo regime especial de trabalho.

Assim, o destacamento far-se-á para igual categoria. Mas, as funções irão ser desempenhadas de acordo com as habilitações do funcionário e as necessidades do serviço de destino, sendo certo que a um veterinário que integra a carreira técnica superior das carreiras do regime geral não pode deixar de reconhecer-se as habilitações necessárias ao exercício de funções inspectivas na Inspecção Regional das Pescas.

E que o exercício de funções inspectivas apenas pode caber a funcionários integrados *de iure* em carreiras de inspecção é o que falta demonstrar.

Veja-se por exemplo o já citado Decreto-Lei n.º 92/97, de 23 de Abril, (mantido temporariamente em vigor pelo Decreto-Lei n.º 246/2002, de 8 de Novembro, mas revogado pelo Decreto-Lei n.º 14/2004, de 13 de Janeiro); aí se prevê expressamente que “*o pessoal que, em regime de destacamento ou requisição, desempenhe funções inspectivas na IGP gozará dos mesmos direitos, benefícios e regalias do pessoal da carreira de inspecção de pesca, designadamente o suplemento de risco (...)*” – cfr. artigo 32.º.

E quando o Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, no n.º 3 do artigo 14.º, e o Decreto Regulamentar Regional n.º 25/2002/A, de 31 de Agosto, na redacção que dá ao artigo 27.º da orgânica da IRP, prevêem a possibilidade de “*integração nas carreiras de inspecção de funcionários integrados noutras carreiras, desde que desempenhem funções de natureza inspectiva e reúnam os requisitos legais necessários*”, não estarão, também, a caucionar a possibilidade de exercício de funções inspectivas por recurso às figuras de mobilidade legalmente previstas?

Veja-se ainda a lei de organização e funcionamento da Polícia de Segurança Pública (Lei n.º 5/99, de 27 de Janeiro) que no n.º 1 do artigo 95.º prevê que “*(A) PSP poderá manter pessoal com funções policiais em regime de requisição ou de destacamento para prestar serviço em instituições judiciais e em órgãos da administração central, regional e local*”. E não resulta problemático que esse destacamento seja efectuado para o desempenho de funções

de motorista, como se constata no Parecer n.º 47/1992, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (v., em especial, o ponto 15.1. das respectivas conclusões).

Ou seja, a análise da possibilidade do destacamento é de fazer por via da afinidade das funções desempenhadas, sem prejuízo de o destacado manter a categoria de origem no serviço de destino.

E não custa a aceitar que assim seja. Ao carácter permanente ou definitivo da transferência contrapõe-se a índole temporária do destacamento; num caso há lugar a uma *“verdadeira nomeação na medida em que o funcionário passa a preencher um lugar do quadro e a exercer de um modo profissionalizado, funções próprias e permanentes do serviço ou organismo público de destino”* (P. V. Cunha, *Função Pública*, 1.º vol., pp. 403, Coimbra Editora, Coimbra, 1999); no outro há um *“simples exercício de funções”*; o funcionário é, *“simplesmente, investido no exercício de uma tarefa”*.

São as virtualidades do destacamento enquanto instrumento de mobilidade dos recursos humanos da Administração que impõem a maior flexibilidade do mesmo.

C

Os suplementos remuneratórios, uma das componentes do sistema retributivo, destinam-se a *“remunerar as específicas condições em que o trabalho é prestado ou as particularidades que envolvem a sua execução”* (Cunha, loc. cit., pp. 312).

Verificados os elementos caracterizadores definidos, foi criado o suplemento de função inspectiva para as carreiras de inspecção da Administração Pública, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril. Criou-se, assim, *“um novo regime e condições de atribuição com a criação de um suplemento de função inspectiva para compensação dos ónus específicos inerentes ao acréscimo de incompatibilidades, a exigência de disponibilidade e a irregularidade de trabalho diário e semanal, bem como a prestação de trabalho em ambiente externo com carácter de regularidade (...)”*.

No n.º 1 do respectivo artigo 12.º prevê-se que o pessoal abrangido pelo diploma *“tem direito a um suplemento de função inspectiva, para compensação dos ónus específicos inerentes ao seu exercício”*.

O Decreto Regulamentar Regional n.º 25/2002/A, de 31 de Agosto, como já se disse, veio prever a atribuição do suplemento de função inspectiva “ao inspector regional das Pescas, ao pessoal dirigente e ao pessoal das carreiras de inspecção de pesca *“em exercício de funções na IRP”*”.

Questão é portanto a de saber se, por força da delimitação pelo legislador do âmbito pessoal de aplicação da norma, se há-de excluir à partida a possibilidade de o queixoso ser por ela abrangido.

Entendo que a resposta há-de ser dada pela indagação dos objectivos perseguidos pela concessão de tal suplemento.

Destinando-se o suplemento de função inspectiva, aliás em conformidade com o respectivo regime de criação, a compensar o maior sacrifício exigido pelo desempenho das funções de inspecção, é o efectivo exercício de tais funções que há-de determinar a atribuição do mesmo.

O que, aliás, resulta dos casos em que o não exercício de funções inspectivas por inspectores determina a perda do dito suplemento, sempre que a situação concreta que o determinou não seja equiparada a serviço efectivo.

E nem o facto de o Decreto Regulamentar Regional n.º 11/2000/A, de 29 de Março, mandar aplicar o capítulo IV do Decreto-Lei n.º 92/97, de 23 de Abril, mas não o artigo 32.º deste último diploma (que previa, de modo expresso, a atribuição do então suplemento de risco ao pessoal destacado ou requisitado) obstava a semelhante entendimento. Nem tanto porque o mencionado capítulo IV considerava as situações decorrentes da existência de um quadro de pessoal na IGP, não se incluindo aí, como é óbvio, as situações de destacamento e de requisição; mas, sobretudo, porque à norma desse artigo 32.º não pode atribuir-se mais do que um valor declarativo, no sentido de confirmar que não seria sustentável uma interpretação que autorizasse o Estado (ou a Região Autónoma) a deixar de remunerar de modo igual trabalho prestado em idênticas condições.

O que há por conseguinte a saber é se o técnico superior em causa exerceu funções inspectivas em termos que se reconduzam à prestação de trabalho efectuada por inspectores da carreira inspectiva.

De acordo com documentos da IRP, o funcionário em causa substituiu o Inspector Regional das Pescas no período 28 de Julho a 18 de Agosto de 2002 (v. Ordem de Serviço n.º 1/2002, de 18 de Julho de 2002); foram-lhe atribuídas as prerrogativas dos inspectores por credencial de 27 de Janeiro de 2003; a Circular n.º 4/2003, de 11 de Março, atribuiu ao mesmo funcionário

a gestão e superintendência das actividades realizadas na Delegação de São Miguel, designadamente a nível inspectivo. Em 31 de Dezembro de 2003, o Inspector Regional das Pescas, confirma que o referido assessor desempenhou, de 18 de Março de 2002 a 31 de Dezembro de 2003, entre muitas outras de índole inspectiva, as seguintes actividades: fiscalização da actividade de pesca em todos os tipos de embarcações; inspecção do cumprimento das regras higio-sanitárias e técnico-funcionais das indústrias de pescado e estruturas de primeira venda ou, ainda, fiscalização de documentação necessária ao exercício da actividade de pesca.

Destes dados não podem deixar de retirar-se duas conclusões: tanto o funcionário em causa pôde formar a convicção de que desempenhava funções inerentes à carreira inspectiva quanto a IRP actuou no pressuposto de que tais funções eram efectivamente desempenháveis pelo funcionário em causa.

Conclusões que impõem uma terceira: ao funcionário em causa é devido o suplemento da função inspectiva, como decorre da interpretação das normas aplicáveis àquela actividade e ao organismo em causa.

D

Ficam por isso por resolver as questões atinentes à remuneração base a considerar para efeito de atribuição de tal suplemento e da data a partir da qual o mesmo é devido.

O suplemento de função inspectiva é função de particularidades específicas da prestação do trabalho; “*é um subsídio funcional, destinado a retribuir desvantagens inerentes ao exercício do cargo*” (João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, vol. II, Coimbra, 1988, pág. 739), a entender conformado como remuneração acessória referida ao cargo, independentemente da pessoa do seu titular, ou seja, no caso concreto, referindo-se ao exercício de funções inspectivas e não à categoria detida pelo reclamante.

“*E sendo o vencimento vector essencial na conformação do cargo, a gratificação é necessariamente calculada por incidência da percentagem em que se exprime sobre os vencimentos dos específicos cargos a que se encontra vinculada*”, na carreira inspectiva. E — acrescenta o Parecer 47/1992, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, que tenho vindo acompanhar — de outro modo “*como seria possível respeitar o parâmetro da*

“*equidade interna*” enformador do sistema remuneratório da função pública, e salvaguardar por isso a relação de proporcionalidade entre as responsabilidades desses cargos e as correspondentes remunerações acessórias.” Só assim se evita a aleatoriedade da base de incidência e as situações de desigualdade que se lhe seguiriam.

Já a questão da data a partir da qual é devido o suplemento se afigura resolvida pelo Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril. Determina o artigo 19.º: “(A) *transição para as novas carreiras criadas pelo presente diploma, bem como o correspondente abono do suplemento da função inspectiva produz efeitos reportados a 1 de Julho de 2000*”. É, por conseguinte, a partir do início do destacamento que é devido o abono do suplemento.

III Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que ao veterinário A..., técnico superior principal do quadro do Instituto de Alimentação e Mercados Agrícolas (IAMA) destacado junto da Inspeção Regional das Pescas (IRP) seja reconhecido o direito à percepção do suplemento de função inspectiva, desde a data de início do destacamento (18 de Março de 2002) até à data em que o mesmo tenha cessado ou venha a cessar.

O pagamento do suplemento de função inspectiva deverá ficar a cargo da IRP, serviço que assumiu oportunamente tal encargo – pontos 24. a 32. da sua Informação n.º 56/2002, de 11.10.2002.

Permito-me lembrar a Vossa Excelência a circunstância da formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 38.º 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

Ex.^{mo} Senhor
Presidente do Instituto Nacional de
Intervenção e Garantia Agrícola

R-1994/03
Rec. n.º 10/A/2004
Data: 22.10.2004
Assessor: José Álvaro Afonso

I Introdução

A queixa apresentada pela Senhora ... teve por objecto o atraso no pagamento de apoios de natureza comunitária a atribuir no âmbito de regimes de prémio aos produtores de carne de bovino, especificamente o “prémio especial aos produtores de carne de bovino” correspondente aos anos de 2000 (parcialmente) e 2002 (na totalidade).

Acresce que a requerente não teria sido informada das razões que levaram à não atribuição dos prémios.

Instado a pronunciar-se sobre os pagamentos em falta, esse Instituto disse:

- a) No que se refere ao prémio relativo à candidatura de 2000, que houve lugar ao pagamento apenas parcial porque um dos animais não se encontrava registado em nome da requerente na base de dados do Sistema Nacional de Identificação e Registo de Bovinos (SNIRB).
- b) No que se refere ao prémio relativo à candidatura de 2002, que o prémio não foi pago na totalidade porque a requerente candidatou 4 animais não registados em seu nome na base de dados do SNIRB.

No primeiro caso verificou-se que os serviços que fazem a recepção das candidaturas (Serviço de Desenvolvimento Agrário da Terceira) indicaram erradamente, por duas vezes, o n.º de identificação do bovino.

O INGA alega que as “condicionantes que a regulamentação comunitária impõe no que a prazos de ajudas e respectivas ultrapassagens diz respeito”, conduzem ao não pagamento do prémio.

Alertou-se o instituto para a incorrecção de uma decisão de recusa de pagamento do prémio baseada no facto de se ter verificado um erro, sujeito a rectificação, da responsabilidade exclusiva dos serviços processadores e não da interessada, que no assunto não teve qualquer intervenção; responsabilidade quer quanto ao erro material, quer quanto à sua correcção, quer ainda na determinação do elemento temporal relativo a cada um dos passos. De facto, resultando da aplicação dos regulamentos (ainda que a norma seja de natureza financeira) que a concessão de prémios será sempre condicionada, tão somente, pela verificação das condições quer substantivas quer processuais, se a candidatura foi apresentada em tempo e preenchendo os requisitos de atribuição, parece não poder resultar – até do próprio regulamento – a ponderação do não pagamento parcial do prémio em virtude de lapsos, erros ou atrasos dos serviços da Administração.

Argumentou o instituto que *“embora as candidaturas sejam veiculadas pelos serviços oficiais na Região Autónoma dos Açores, toda a responsabilidade das declarações prestadas recai sobre o produtor, que assina toda a documentação, assumindo os compromissos a ela inerentes, pelo que nunca se poderá considerar ilibado de responsabilidades quanto às incorrecções das declarações prestadas (...)”*

No que respeita ao prémio de 2002, foram também solicitados esclarecimentos sobre a questão ao Serviço de Desenvolvimento Agrário da Terceira, tendo o mesmo confirmado que os animais cuja propriedade fora questionada pelo INGA – por alegadamente não constarem na base de dados do SNIRB em nome da produtora – não se encontrariam, de facto, em situação irregular.

Neste caso, foi reconhecida a existência de um erro informático e, tendo sido efectuada uma reapreciação individual da candidatura e da situação dos animais na base de dados do SNIRB, constatou o INGA que os animais em causa estavam efectivamente na posse da queixosa durante o período de retenção, o que levava à sua elegibilidade para o prémio.

Face ao exposto, esse instituto comprometeu-se a tomar as medidas necessárias para que no apuramento seguinte a realizar para as candidaturas de 2002 a situação dos pagamentos ficasse normalizada, o que veio a acontecer em Julho último, de acordo com informação da reclamante.

Quanto à questão da audiência prévia dos interessados, alega o instituto que a mesma se processa nos termos do Código do Procedimento Administrativo. Não obstante, dos processos de candidatura remetidos a solicitação

não consta qualquer ofício remetido à particular a propósito destas duas candidaturas.

II Exposição de motivos

Quanto à argumentação de que os produtores que apresentam candidaturas aos prémios não estão isentos de responsabilidade quanto aos erros (ainda que do serviço de recepção das candidaturas), uma vez que assinam a respectiva documentação, entendo o seguinte.

É certo que a candidatura inicial foi assinada pela produtora. Mas também é certo que a correcção do primeiro erro ocorreu por iniciativa do serviço receptor da candidatura e que a segunda correcção verificou-se em resultado da diligência da mesma particular.

A assinatura do projecto não exclui assim a intervenção posterior da Administração – e esta aceitou a colaboração do particular na correcção do segundo erro.

Acresce que a fundamentação da recusa de consideração do segundo ofício de correcção com base no facto de ser “pouco compatível” com os prazos fixados pela regulamentação comunitária demonstra pouco, uma vez que o que haveria a saber é se esses prazos são ou não peremptórios em todas as fases de apreciação das candidaturas.

Ou seja, por um lado o envolvimento dos serviços oficiais da Administração Regional Autónoma não resulta numa mera correia de transmissão da vontade dos candidatos, antes se traduz num envolvimento activo na instrução das candidaturas, com vantagens não apenas para o particular mas também para a Administração; por outro não basta alegar mera inconveniência do INGA para recusar a aceitação das correcções pretendidas.

Acresce que a realização da audiência prévia, a que o INGA está obrigado, na prática, teria certamente permitido a correcção atempada do erro que se verificou.

III Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto na alínea *a*) do n.º 1, do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,



Recomendo

a V. Ex.^a:

A. Que seja reconhecido à Senhora ... o direito ao pagamento das parcelas em falta do “prémio especial aos produtores de carne de bovino”, campanha de 2000;

B. Que o INGA não proceda ao indeferimento de candidaturas a subvenções por ele atribuídas sem proceder à audiência prévia dos interessados.

Permito-me lembrar a V. Ex.^a a circunstância da formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 38.º 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



2.8.3. Processos anotados

R-2176/02

Assessor: José Álvaro Afonso

- Assunto:** Relação de emprego público.
- Objecto:** Revalorização de carreiras. Assistentes de operações aeroportuárias.
- Decisão:** Processo arquivado após mediação da Provedoria. Foi designado um grupo de trabalho para estudar esta questão, no âmbito da Administração Regional.

Síntese:

A queixa era relativa à diferenciação remuneratória verificada entre os assistentes aeroportuários de (...) face a colegas de outros aeroportos. Em suma, com conteúdos funcionais muito aproximados, e idêntica formação inicial e subsequente (acções de formação contínua) não haveria justificação plausível para as diferenças remuneratórias verificadas.

Ouvida a Administração Regional, esta sublinhando, tal como o fizera a Provedoria, a remissão para “*critérios de oportunidade e conveniência política*”, admitiu ser aconselhável, pelo menos, a ponderação em concreto das “*especificidades que [podiam determinar] essa revalorização – nomeadamente ao nível das funções exercidas*”.

O teor da referida informação motivou que este órgão do Estado pedisse aos interessados que concretizassem os indicadores da proximidade funcional relativamente aos colegas. Indicadores que a Provedoria de Justiça remeteu ao Governo Regional.

Posteriormente, foi designado um grupo de trabalho para estudar esta questão, no âmbito da Administração Regional.

Uma vez o assunto devidamente encaminhado, promoveu-se o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 31.º, alínea c), do EPJ.



A 3 de Junho de 2004, menos de um ano depois da conclusão do processo na Provedoria, foi publicado o Decreto Legislativo Regional n.º 21/2004/A, que “procede à revalorização e reestruturação da carreira de assistente de operações aeroportuárias na Administração Regional Autónoma dos Açores”, prevendo expressamente a situação reclamada.

R-2067/03

Assessor: Miguel Menezes Coelho

Assunto: Ambiente; poluição atmosférica; estabelecimento poluente; transferência de localização.

Objecto: Imposição de limitações à laboração de fábrica causadora de poluição susceptível de afectar a fruição das habitações situadas na proximidade; ponderação da transferência do estabelecimento.

Decisão: O Provedor de Justiça arquivou o processo por ter verificado que o novo estabelecimento industrial está já em fase final de construção. Assim, a curto prazo efectivar-se-á a transferência da fábrica, com encerramento do estabelecimento poluente reclamado.

Síntese:

Depois da realização de uma visita de inspecção, o Provedor de Justiça verificou que a laboração de uma fábrica de lacticínios provocava poluição atmosférica susceptível de afectar gravemente os moradores das habitações vizinhas.

A poluição em causa consubstanciava-se no depósito de partículas provenientes das chaminés da fábrica nos parapeitos, varandas e janelas das casas.

Oficiada a administração da fábrica e a Secretaria Regional do Ambiente, a Provedoria de Justiça tomou conhecimento do estado de construção da nova fábrica e, também, do processo de transferência previsto.

Assim sendo, por ter concluído, por um lado, que o novo estabelecimento industrial está já em fase final de construção e, por outro, que a curto prazo efectivar-se-á a transferência da fábrica e o concomitante encerramento do estabelecimento poluente, o Provedor de Justiça arquivou o processo.

R-2817/03

Assessor: Miguel Menezes Coelho

Assunto: Pensionista; Caixa Geral de Aposentações; Pensão de sobrevivência; Consulta de elementos pelos interessados.

Objecto: Acesso à informação por residentes em zonas distantes de Lisboa.

Decisão: O Provedor de Justiça arquivou o processo chamando a atenção do Presidente da CGA para a necessidade de assegurar aos utentes residentes em áreas afastadas do concelho sede da instituição (Lisboa) o direito de acesso aos respectivos processos administrativos. Esta sugestão foi acatada.

Síntese:

O Provedor de Justiça chamou a atenção do presidente da CGA para a situação dos cidadãos que, residindo fora do concelho sede da Caixa Geral de Aposentações (Lisboa), pretendessem consultar os respectivos processos. De facto, e apesar de poderem pedir cópia das peças processuais relevantes, a circunstância de estarem impossibilitados de consultar os processos presencialmente impedia que soubessem quais os documentos relevantes. Por outro lado, importava garantir que o fornecimento das cópias seria gratuito, sob pena de estar em causa, não só o direito de acesso aos documentos como, e principalmente, de reclamação e recurso.

O Presidente da CGA aceitou a sugestão do Provedor de Justiça e determinou que, no futuro, será remetida – sem encargos – cópia integral do processo a quem o solicitar.

R-4346/03

Assessor: Miguel Menezes Coelho

Assunto: Poder paternal; progenitor que não exerce poder paternal; registo escolar.

Objecto: Acesso ao registo escolar do filho pelo progenitor que não exerce poder paternal.

Decisão: No decurso da instrução do processo a Direcção Regional de Educação dos Açores deu instruções aos serviços para que facultassem o registo escolar ao progenitor que não exerce o poder paternal e o processo foi arquivado.

Síntese:

Na sequência de queixa, foi aberto processo na Extensão dos Açores deste órgão do Estado sobre a questão do acesso aos registos de avaliação escolar por progenitor que não exercia o poder paternal.

Uma vez que a queixa vinha acompanhada de cópia de um Parecer da Direcção Regional da Educação, a instrução iniciou-se com ofício a esta entidade no qual a Provedoria de Justiça manifestava discordância com o entendimento subjacente àquele posicionamento da Administração Regional e, em conformidade, solicitava a reponderação do assunto e a alteração do procedimento até então propugnado.

De facto, nos termos da lei, o âmbito dos processos judiciais de regulação do poder paternal é a determinação do destino dos menores, dos alimentos a estes devidos e da forma de os prestar. Assim, as decisões judiciais podem estabelecer, como foi o caso, que os menores ficam à guarda e cuidados da mãe, e definir as situações em que o pai pode ter os menores em sua companhia e, ainda, quais os alimentos devidos pelo pai aos menores. Contudo, e ao contrário do que parecia estar subjacente ao entendimento da Direcção Regional da Educação, o pai não estará inibido do exercício do poder paternal, já que aquela medida teria de ser expressamente determinada por tribunal em acção destinada a esse fim – o que, segundo parecia, não acontecera.

Nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 1906.º, do Código Civil, “*ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho*”. No que especificamente diz respeito à educação, o ordenamento jurídico confere ao progenitor que não tenha a guarda do filho o direito de vigiar a sua educação pelo que, mesmo não lhe competindo a tomada de decisões em tal matéria, pode ele obter informações junto do estabelecimento de ensino sobre a evolução escolar do filho e demais aspectos relacionados com a respectiva educação. Esta circunstância não prejudica, naturalmente, o facto da escola manter a encarregada de educação como interlocutora habitual em todas as questões em que é necessária, ou a



Extensão da Provedoria de Justiça nos Açores

sua intervenção ou a simples prestação de informações (v.g., faltas, avaliação...).

Em resposta, a Direcção Regional da Educação informou a Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça ter comunicado à Área Escolar de Ponta Delgada que assistia ao interessado, na qualidade de pai, o direito de acesso aos registo de avaliação escolar do aluno, mesmo não sendo o encarregado de educação.

Assim, foi determinado o arquivamento do processo.



2.8.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-524/02

Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Ponta Delgada

Assunto: Processo camarário.

Quero começar por expressar a V. Ex.^a, Senhora Presidente, o agradecimento deste órgão do Estado – e o meu pessoal – pela colaboração frutuosa que tem sido possível alcançar entre essa Autarquia e a Provedoria de Justiça e, especialmente, pela inexcedível disponibilidade do Senhor Dr. João Nuno Almeida e Sousa para com a Extensão dos Açores. A instrução no âmbito da qual envio o presente ofício é testemunha privilegiada do esmero posto no tratamento dos assuntos que, relativos à Edilidade de Ponta Delgada, vão sendo reclamados perante o Provedor de Justiça.

Destaque-se, então, que já na distante data de 8 de Fevereiro de 2002 foi recebida neste órgão do Estado uma queixa apresentada no interesse de um grupo de moradores do Bairro Maria Madalena Bensaúde, em Ponta Delgada, na qual era reclamada a omissão do dever de concretização das obras previstas no alvará do loteamento do bairro em questão.

Em suma, era reclamado o incumprimento das obrigações de criação de zonas verdes, parque infantil e integração no domínio privado municipal de uma fracção autónoma do rés-do-chão do lote 13, porquanto:

i. primeiramente, o alvará de loteamento n.º ..., em nome da empresa A., previa a cedência pelo loteador das parcelas n.º 43 (destinada a zonas verdes), n.º 44 (destinada a parque infantil) e n.º 45 (para arruamentos, passeios e zonas de estacionamento);

ii. contudo, a empresa A. veio a solicitar diversas alterações ao alvará;



iii. as quais, por deliberação de 03/07/95, vieram a ser aprovadas pela Câmara Municipal de Ponta Delgada;

iv. pelo que, já integrando as alterações pedidas pela A., o alvará passou a prever:

- uma nova localização das áreas cedidas aos domínio público municipal as quais, no entanto, mantêm o uso previsto (zonas verdes e parque infantil);
- a estipulação de uma cláusula condicionando a eficácia da deliberação anterior à integração no domínio privado municipal de uma fracção autónoma do rés-do-chão do lote 13, destinada a equipamento colectivo complementar.

Pese embora a actual irrelevância prática desta questão, não deixarei de referir que esta ultima imposição poderia consubstanciar uma verdadeira ‘*condição suspensiva*’; contudo, porque ela é posterior à própria emissão do alvará de loteamento deixa de ser possível afirmar a existência de um nexo de ligação entre o cumprimento da condição e o deferimento do loteamento. Assim sendo, note-se que o não cumprimento do requisito constante da ‘*condição*’ não será susceptível de tornar inválido o alvará.

Melhor será, portanto, demandar o efectivo cumprimento das determinações do alvará, cientes de que será mais acessível (porque na disponibilidade da câmara municipal) a concretização das zonas verdes e do parque infantil nas áreas cedidas aos domínio público municipal e bem mais laboriosa (porque não dependente, unicamente, da autarquia) a integração no domínio privado municipal de uma fracção autónoma destinada a equipamento colectivo complementar.

Ademais, como V. Ex.^a bem sabe, por sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, de 07/01/98 (proferida no recurso n.º 678/95), foi já reconhecida a validade das alterações ao alvará, tese confirmada no acórdão do STA, de 20/10/99 (no recurso n.º 44.470).

Assim sendo, não pode o Provedor de Justiça, por um lado, deixar de reconhecer razão aos munícipes que pretendem que a Câmara Municipal de Ponta Delgada assegure o cumprimento das obrigações da A. e, por outro, objectar ao pedido desta empresa no sentido de ‘desistir’ da alteração ao alvará – que, por definição, terá sido autorizado no *interesse público* que agora não pode ser olvidado ou postergado.

Nos contactos que sobre esta matéria o meu assessor na Região Autónoma dos Açores manteve com o Chefe de Divisão dos Serviços Administrativos, Dr. João Nuno Almeida e Sousa, parece ter ficado pacificado que a Câmara Municipal de Ponta Delgada consideraria ser exequível a elaboração e execução do projecto relativo às infra-estruturas de arranjo dos espaços verdes mas, diferentemente, não achava possível substituir-se à A. na cedência da fracção autónoma destinada a equipamento colectivo.

Neste entendimento não existe divergência de fundo entre este órgão do Estado e essa autarquia.

Afigura-se tranquilo – tanto para os reclamantes como para a câmara municipal e, também, para a Provedoria de Justiça – que parte da resolução deste assunto está nas mãos da edilidade, restando-lhe ponderar a faculdade de ser diligenciado no sentido do cumprimento da parte restante, se essa possibilidade existir.

Neste contexto, resta-me exortar V. Ex.^a, Senhora Presidente, para que submeta a deliberação camarária a decisão da Câmara Municipal de Ponta Delgada:

- a) de substituir-se à A., na elaboração e execução do projecto relativo às infra-estruturas de arranjo dos espaços verdes;
- b) de demandar judicialmente a A., para que seja cumprida a obrigação de cedência da fracção autónoma destinada a equipamento colectivo.

Como é bom de ver, a primeira decisão não carecerá de especial burocracia e será susceptível – creio – de concretização urgente; já quanto à segunda, reconheço, a demora poderá ser considerável.

Ao fazer uso da faculdade que me é concedida pelo disposto no artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça para chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de ser efectivamente obtida a conclusão das obras no Bairro Maria Madalena Bensaúde, nos termos referidos, quero testemunhar a confiança que tenho no empenho da Câmara Municipal de Ponta Delgada para a resolução deste assunto.

Também por esta razão, estou certo que, com a celeridade possível, ser-me-á comunicada a elaboração e execução do projecto relativo às infra-estruturas de arranjo dos espaços verdes.

Agradeço a V. Ex.^a a colaboração prestada a este órgão do Estado e preveleço-me da oportunidade para apresentar os protestos da minha elevada consideração.

R-2175/02

Assessor: José Álvaro Afonso

Entidade visada: Câmara Municipal de Velas

Assunto: Condições de instalação e funcionamento do estabelecimento.
Ruído.

Permito-me deixar feita, ao abrigo do disposto no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, uma chamada de atenção à Câmara Municipal das Velas, no que concerne às condições de instalação e funcionamento do estabelecimento comercial, concelho das Velas.

Recordo que, em especial, a queixa apresentada a este órgão do Estado prende-se com o ruído produzido pelos motores das câmaras frigoríficas, por um gerador (que funciona sempre que ocorrem falhas de energia eléctrica) e com a incomodidade daí resultante.

Mas, outros aspectos são também suscitados na reclamação, a saber:

- A realização de obra alegadamente ilegal de construção de um cais de carga e descarga de contentores;
- A utilização do parque de estacionamento para realização de cargas e descargas, bem como para lavagem de contentores;
- A inadequação dos colectores de resíduos (plásticos, papéis e outros) provenientes do estabelecimento.

Os elementos coligidos durante a instrução do processo, designadamente aqueles que provêm dessa autarquia (parecer jurídico, datado de 21 de Agosto de 2002; relatório de vistoria efectuada ao supermercado, a 31 de Outubro de 2002; relatório de avaliação dos níveis de incomodidade do estabelecimento comercial X elaborado pela empresa “U...”, de Fevereiro de 2004; cópias de ofícios da reclamante, da empresa objecto da queixa e da EDA, Electricidade dos Açores, S.A., datados de Fevereiro e Março de 2004)

permitem apresentar o seguinte resumo dos elementos relevantes para a apreciação deste órgão do Estado:

- A recusa da Câmara Municipal das Velas (CMV) em permitir a uma entidade pública habilitada a realizar testes de ruído (Secretaria Regional do Ambiente (SRA) /Direcção Regional do Ambiente (DRA)), e ainda a este órgão do Estado, o acesso a documentos que permitiriam realizá-los ou interpretá-los em condições adequadas;
- A impossibilidade de medição de uma das fontes do ruído reclamado, por motivo alegado pela empresa X;
- A conformidade do ruído que pôde ser medido com os limites estabelecidos no Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 76/2002, de 26 de Março, e n.º 259/2002, de 23 de Novembro, que aprova o Regulamento Geral do Ruído (RGR), de acordo com a empresa que conduziu o teste, sem prejuízo de o uso do gerador poder provocar tal ultrapassagem. De acordo com os dados fornecidos pela EDA-Electricidade dos Açores, entre Janeiro e Novembro de 2003, houve 28 interrupções de fornecimento de energia eléctrica em média tensão. Tais interrupções duraram em média 34 minutos; houve três dias, nesse mesmo período, em que as interrupções foram superiores a uma hora (1h45min; 2h45min; 5h32min);
- Está ainda pendente um segundo teste a ser feito em condições que a reclamante considera mais próximas da realidade;
- A CMV nada informa quanto a saber se o projecto aprovado pela edilidade compreendia a insonorização dos edifícios (nem no projecto inicial nem quanto ao aditamento);
- A CMV nada informa quanto às medidas concretamente tomadas relativamente à utilização do parque de estacionamento para descarga e lavagem de contentores.

Atento o princípio da legalidade, há que confrontar este enquadramento de facto com as exigências colocadas à autarquia pelo fim visado de prossecução dos interesses próprios da população desse concelho.

Entre as tarefas fundamentais do Estado estão a promoção do bem-estar e da qualidade de vida, a efectivação dos direitos ambientais, a protec-

ção e valorização do ambiente (v. artigo 9.º da Constituição da República Portuguesa – CRP).

De mero interesse socialmente relevante o ambiente transmutou-se em bem jurídico: nele estão em causa valores ou interesses que não têm um cunho estritamente individual, devendo antes ser vistos também como bem jurídico da colectividade.

Porque todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado — e o dever de o defender —, incumbe às autarquias locais colaborar com o Estado para a promoção da qualidade ambiental (v. artigo 66.º da CRP).

Daí que o legislador tenha reiterado no artigo 2.º do actual RGR que *“constitui dever das autarquias locais, no quadro das suas atribuições e das competências dos respectivos órgãos, promover as medidas de carácter administrativo, técnico ou outras, adequadas para o controlo do ruído, nos limites da lei e no respeito do interesse público e dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”*; acrescentando no n.º 3 que lhes compete *“tomar todas as medidas adequadas para o controlo e minimização dos incómodos causados pelo ruído derivado do desenvolvimento directo de quaisquer actividades”*, tendo presente (n.º 5) que *“deve prevalecer a solução que melhor assegure a tranquilidade e o repouso nos locais destinados a habitação (...)”*.

Com tais enunciados o legislador não está apenas, e já seria muito, a concretizar no domínio da luta contra o ruído as várias vertentes da “constituição do ambiente.” Está a impor concreta e claramente tarefas de índole e fim públicos aos municípios. Que a elas não podem renunciar (v. artigo 29.º do Código do Procedimento Administrativo).

E, assim, na sua actuação nenhuma autarquia pode esquecer que *“(A) Administração Pública é, sem sombra de dúvida, o principal “actor” na defesa e incentivo do ambiente, estando a maior ou menor deterioração deste muito ligada à real importância que assuma nas políticas daquela.”* Gomes Canotilho (coord.) Introdução ao Direito do Ambiente, pp. 117, Universidade Aberta, Lx., 1998.

Das transcrições e citações efectuadas resulta que para enquadrar a actuação da CMV no caso em concreto tornava-se necessário que esta tivesse demonstrado que tinha tomado todas as providências necessárias ao controlo e minimização dos incómodos causados pelo ruído proveniente do supermer-

cado X, preferindo a solução que melhor assegurasse a tranquilidade e o repouso dos vizinhos do referido estabelecimento.

Mas,

- A recusa em concertar a respectiva actuação com a Secretaria Regional do Ambiente (SRA)/Direcção Regional do Ambiente (DRA);
- A aceitação como bom de um relatório em que um dos principais motivos de queixa (ruído nocturno de um gerador) é omitido;
- A omissão do dever de resposta quanto à utilização do parque de estacionamento como local de lavagem e descarga de contentores.

São factos que parecem indicar que não foi essa a forma escolhida pela administração autárquica velense para dar cumprimento ao dever de obediência aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público e da imparcialidade:

- A concertação com a SRA/DRA para a tutela dos interesses ambientais em jogo, para além de concretizar um princípio fundamental em matéria ambiental (o da cooperação) reforçaria as garantias de isenção e imparcialidade da actuação administrativa. Recusa tanto mais de censurar quanto é certo que, por um lado, ela também se configurou como uma recusa de colaboração com este órgão do Estado e, por outro lado, porque se verifica num âmbito onde as regras do acesso aos documentos da Administração impõem total transparência.
- A transparência do procedimento administrativo, a possibilidade de demonstração de que todos os trâmites legais foram observados, de que o procedimento seguiu todas as regras, acaba por ser o modo exemplar de tutela dos interesses ambientais.

Sublinho que a omissão de informação quanto a aspectos relevantes do problema que foi chamada a considerar não tem que significar necessariamente — nem a intervenção da Provedoria de Justiça se configuraria nestes termos se assim fosse — que a CMV esteja a violar os deveres de isenção e imparcialidade a que está obrigada.

Numa vila como a das Velas, a existência de um supermercado com a dimensão que parece ter o X é certamente factor de desenvolvimento económico, demonstra a vitalidade da iniciativa privada, é gerador de emprego, proporciona qualidade de vida aos cidadãos do concelho; os sistemas de refrige-

ração e o abastecimento em contentores ainda que incómodos para os vizinhos são factores de higiene e salubridade e não podem ser dispensados sem comprometerem o negócio.

A autarquia tem, por isso, que pesar os benefícios para toda a comunidade ao mesmo tempo que considera os prejuízos para os vizinhos directos de uma fonte poluidora.

Mas, exactamente porque se trata de um pequeno aglomerado urbano, “a medida e a classe dos males consentidos” são diferentes daquelas que seriam aceitáveis no centro duma capital ou num bairro fabril. (Wolff, cit. por A. Varela; Código Civil anotado, Vol. III, pp. 179).

Tanto mais assim quanto há que garantir que o direito ao livre exercício da iniciativa privada, fonte de proveito directo para quem a exerce, não seja feito à custa de outros direitos individuais igualmente relevantes, garantindo sobretudo que esse sacrifício não resulte do menor poder económico ou reivindicativo dos lesados.

Daí que se a medida e a classe dos males consentidos podem ser de ordem eminentemente subjectiva para os particulares directamente atingidos, à entidade licenciadora e fiscalizadora impõem antes de mais um esforço de ponderação e harmonização que não aniquile nenhuma dimensão relevante dos interesses em jogo.

O meio proveitoso de resolver este problema *ab ovo* teria sido, obviamente, um correcto planeamento do território, designadamente com recurso aos instrumentos legais em vigor.

No âmbito do licenciamento da edificação, a exigência de um projecto adequado ao empreendimento em causa, designadamente no que concerne aos problemas, previsíveis, de poluição sonora, de abastecimento e de tratamento de resíduos sólidos, teria ajudado a evitar grande parte do objecto da queixa.

Também de carácter preventivo, se bem que solução possível a todo o tempo, seria o recurso pela empresa a procedimentos amigos do ambiente, designadamente a eco-gestão e a eco-auditoria. O papel pró-activo das autarquias neste contexto não pode ser desprezado.

Por tudo o que fica exposto está por demonstrar que a CMV tenha feito o que lhe competia para a prevenção e resolução deste problema.

O que parece demonstrado é a relutância da autarquia em colaborar com a Administração Regional e com este órgão do Estado seja para a concii-

liação de interesses, seja para a demonstração de que são irrazoáveis as pretensões do particular queixoso.

Alegado um prejuízo para o ambiente é ao poluidor que cabe demonstrar que ele não existe.

Em que medida pode a autarquia, enquanto entidade pública imparcial, garante da prevalência do interesse público, contribuir para essa demonstração?

Ao que já foi referido – dever de colaboração com as entidades públicas envolvidas – acresce a necessidade de uma fiscalização eficaz.

A declaração da empresa de que recolhe lixos e os envia para o aterro sanitário deve certamente merecer o relevo imposto pelo princípio da boa fé e da colaboração da Administração com os particulares, mas em caso de conflito entre particulares, parece óbvio que demonstra pouco. Como pouco demonstra um relatório de fiscalização que constatando um infracção se limita a dizer que ela é esporádica ou o envio de um relatório de avaliação dos níveis de ruído, que contém uma recomendação expressa, à empresa que alegadamente o provoca, sem que sobre tal recomendação a autarquia tome qualquer posição.

Cabe sublinhar que a instauração de processos de contra-ordenação não obedece a critérios de oportunidade, antes é dever de ofício.

Por outro lado, como sugestão de actuação, cabe-me ainda acrescentar:

Resulta claro que tal como foi realizado, o relatório de avaliação do ruído realizado pela autarquia não encerra o problema. Mas, ainda que com a avaliação adicional a realizar se demonstre o respeito pelos limites legais do RGR, nem por isso fica manietada a actuação da autarquia.

Nos termos do artigo 7.º do RGR “*os municípios podem estabelecer, através de regulamento, em especial nos centros históricos e noutros espaços delimitados do território municipal onde tal se justifique, valores inferiores aos estabelecidos no n.º 3 do artigo 4.º*”.

Ou seja, a lei abre ao município a possibilidade de reponderar os interesses em jogo e encontrar uma solução de equilíbrio entre os interesses privados em conflito, fazendo, deste modo, prevalecer o interesse público. Dispõe, além disso, de um importante argumento de negociação no âmbito do conflito a dirimir.

Concluo sublinhando que a intervenção do Provedor de Justiça, ao apreciar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos, impõe aos órgãos e agentes das entidades públicas o dever de prestar todos os esclarecimentos e informações que lhes sejam solicitados.

No caso concreto, não posso deixar de chamar a atenção da Câmara Municipal das Velas para a necessidade de atribuir a esse dever de colaboração carácter prioritário e sem outras reservas que não sejam as que resultam do artigo 29.º do Estatuto do Provedor de Justiça.

Mas, como sugestão de actuação refiro que se dos elementos constantes do processo, designadamente do «relatório de avaliação dos níveis de ruído de incomodidade do estabelecimento comercial X» não é possível concluir sem dúvidas que aos vizinhos imediatos do estabelecimento comercial esteja a ser imposto um sacrifício desproporcionado do seu direito a um ambiente sadio, já é possível concluir que a autarquia não esgotou os meios de intervenção que se revelam necessários à diluição do conflito.

Tais meios compreendem uma efectiva fiscalização da actividade em causa, com uso das sanções contra-ordenacionais sempre que se verifiquem os pressupostos do respectivo regime legal.

Compreendem ainda a possibilidade de fixação de limites de níveis sonoros com valores mais baixos que os legalmente fixados, nos termos do artigo 7.º do Regulamento Geral do Ruído.

Atenta a natureza do conflito em causa, solicito que a Câmara Municipal das Velas transmita a este órgão do Estado a indicação das providências que venha a tomar sobre este assunto.

Certo de que a Câmara Municipal das Velas não deixará de considerar esta chamada de atenção como um contributo do Provedor de Justiça não só para a resolução deste problema em concreto, mas também para o esforço de uma continuada melhoria da qualidade ambiental desse concelho.

P-21/03

Assessor: José Álvaro Afonso

Entidade visada: Secretaria Regional da Educação e Cultura. Câmaras municipais.

Assunto: Manutenção de edifícios escolares na Região Autónoma dos Açores.

No âmbito da instrução de processo de iniciativa do Provedor de Justiça, relativo à repartição de competências entre a Administração Regional

Autónoma e as autarquias locais da Região Autónoma dos Açores foram alcançadas as seguintes conclusões, entretanto comunicadas ao Presidente da Câmara Municipal da Madalena – que pela primeira vez suscitou o assunto perante a Provedoria de Justiça –, com conhecimento à Secretaria Regional da Educação e Cultura e à Associação Nacional dos Municípios Portugueses:

Para a compreensão do problema em análise importa ter em conta alguns aspectos dos seguintes regimes jurídicos:

1. Autarquias locais:

a. Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, que estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais bem como de delimitação da intervenção da Administração Central e da Administração Local;

b. Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, que estabelece o regime jurídico de funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias, assim como das respectivas competências.

2. Cooperação financeira entre a Administração Regional e a Administração Local:

a. O Decreto Legislativo Regional n.º 32/2002/A, de 8 de Agosto, que fixa o regime da mesma cooperação;

b. O Decreto Legislativo Regional n.º 31/86/A, de 11 de Dezembro, que legisla sobre “a actuação dos municípios em referência aos estabelecimentos de ensino primário”.

3. Estabelecimentos de educação e ensino:

a. Decreto-Lei n.º 43/89, de 3 de Fevereiro, que estabelece o regime jurídico da autonomia da escola adaptado à Região pelo Decreto Legislativo Regional n.º 1/98/A, de 24 de Janeiro;

b. Decreto Legislativo Regional n.º 11/2003/A, de 27 de Março, que reestrutura os fundos escolares dos estabelecimentos de ensino.

Mas, antes, entendo ser de apreciar a seguinte questão: a Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, revogou o Decreto-Lei n.º 77/84, de 8 de Março e demais legislação que a contrarie. Determina tal facto de *per si* a revogação dos Decretos Legislativos Regionais que regulamentaram, nos termos do artigo 19.º do mesmo diploma nacional, a saber o Decreto Legislativo Regional n.º 33/84/A, de 6 de Novembro, alterado pelo Decreto Legislativo Regio-

nal n.º 4/95/A, de 29 de Março, e o já referido Decreto Legislativo Regional n.º 31/86/A, de 11 de Dezembro?

A questão coloca-se porquanto, por força do n.º 1 artigo 34.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, assumem a forma de Decreto Legislativo os diplomas regionais que regulamentem legislação nacional (v. alínea *d*) do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição e a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 33.º do mesmo Estatuto).

Determinada a natureza regulamentar dos diplomas legislativos em causa ²⁴⁸, há também que ter em conta que “*os regulamentos de execução devem considerar-se tacitamente revogados se for revogada ou substancialmente modificada a lei regulamentada. Se houver apenas incompatibilidade parcial entre a nova lei e o regulamento precedente, este sobreviverá na medida em que se harmonizar com ela — salvo se outra for a vontade apurada do legislador.*” ²⁴⁹

É que, defendida a revogação, parece que tudo se passaria na Região como aconteceu no território continental da República: o diploma nacional definia um conjunto de novas (e antigas) competências municipais e, no artigo 15.º, previa que a respectiva transferência seria “*objecto de regulamentação sobre o modo e a forma como se processarão*”. Como a nível nacional, só foi regulamentada a transferência das competências relativas à acção social escolar (refeitórios, alojamento em agregado familiar e auxílios económicos) pelo Decreto-Lei n.º 399-A/84, de 28 de Dezembro, e ao transporte escolar, pelo Decreto-Lei n.º 299/84, de 5 de Setembro, a revogação da legislação regional determinaria a aplicação do regime nacional em vigor, sem especialidades atinentes à existência de um nível intermédio na separação vertical de poderes.

No que concerne às autarquias locais, o que há a fazer é, por conseguinte, avaliar em que medida a legislação regional é contrariada pela Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, e respectiva legislação concretizadora.

i – No artigo 13.º é incluído na lista de atribuições municipais o domínio da educação (alínea *d*)).

²⁴⁸ V. Jorge Pereira da Silva, Algumas questões sobre o poder regulamentar regional, in *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, pp. 813 e segs.

²⁴⁹ Afonso Queiró, Teoria dos Regulamentos, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano I, 2.ª série (1986), n.º 1, p. 24. V. tb. Parecer da Procuradoria-Geral da República, in *DR*, II S, de 29 de Novembro de 1986, pp. 16 731 e segs.

No n.º 1 do artigo 19.º refere-se especificamente: “*É da competência dos órgãos municipais participar no planeamento e na gestão dos equipamentos educativos e realizar investimentos nos seguintes domínios: (a) Construção, apetrechamento e manutenção dos estabelecimentos de educação pré-escolar; (b) Construção, apetrechamento e manutenção dos estabelecimentos das escolas do ensino básico*”.

O artigo 4.º do mesmo diploma prevê, por sua vez, um processo gradual de transferências.

É neste contexto que o Decreto-Lei n.º 7/2003, de 15 de Janeiro, veio operar a concretização de algumas das normas da Lei n.º 159/99, designadamente no que respeita aos conselhos municipais de educação e, complementarmente, regulamentando competências na área da realização de investimentos por parte dos municípios, nos domínios da construção, apetrechamento e manutenção dos estabelecimentos da educação pré-escolar e do ensino básico.

O capítulo VI deste diploma tem por epígrafe “*Construção, apetrechamento e manutenção de estabelecimentos de educação e ensino*”. Nele, determina o

“Artigo 22.º Competências

1 – A realização dos investimentos na construção, apetrechamento e manutenção dos estabelecimentos de educação pré-escolar e do ensino básico, previstos na carta educativa, é da competência dos municípios.

2 – A realização dos investimentos previstos no número anterior, no que se refere à educação pré-escolar e ao 1.º ciclo do ensino básico, compreende a identificação, a elaboração e a aprovação dos projectos, o seu financiamento e a respectiva execução.

3 – O exercício das competências previstas no n.º 1 efectiva-se, no que respeita aos 2.º e 3.º ciclos do ensino básico, através de contrato entre o Ministério da Educação e os municípios, assente na identificação padronizada de tipologias e custos.

4 – A realização dos investimentos, nos termos do n.º 2, na construção, apetrechamento e manutenção dos estabelecimentos do ensino secundário, previstos na carta educativa, é da competência do Ministério da Educação.”

Em consequência, no capítulo VII, determinam o

“Artigo 26.º
Transferência de património

O património e os equipamentos afectos aos estabelecimentos do 1.º ciclo do ensino básico que não foram objecto de protocolo, de acordo com o previsto no n.º 1 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 77/84, de 8 de Março, transferem-se para os municípios, com dispensa da celebração dos referidos protocolos e de qualquer outra formalidade, constituindo o presente diploma título bastante para esse efeito.”

E o

“Artigo 27.º
Recursos financeiros

1 – Os municípios podem aceder ao apoio financeiro no domínio das infra-estruturas, equipamentos e apetrechamento dos estabelecimentos de educação pré-escolar e do 1.º ciclo do ensino básico, no âmbito do eixo prioritário III, relativo às intervenções da administração central regionalmente desconcentradas, dos programas regionais do Continente, do Quadro Comunitário de Apoio III, nos termos e condições definidos nos respectivos regulamentos específicos.

2 – No que respeita aos investimentos previstos no n.º 3 do artigo 22.º, o montante das verbas a transferir é o previsto nos respectivos contratos.”

Do exposto e das normas transcritas, concluo que:

- A legislação regional não contraria o disposto neste diploma com uma eventual atribuição de mais competências aos municípios;²⁵⁰
- Se no território continental da República a transferência de competências se dá por referência aos fundos disponíveis no Quadro Comunitário de Apoio, também na Região Autónoma dos Açores tal terá de se verificar.

²⁵⁰ Sobre a subsistência de Decreto Legislativo Regional conforme com os princípios fundamentais de lei geral da República, v. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo V, p. 401, Coimbra, 1997.

Ora, de facto, a repartição dos fundos comunitários destinados pelo Programa Operacional para o Desenvolvimento Económico e Social dos Açores (PRODESA) às autarquias locais foi efectuada conforme protocolo celebrado entre o Governo Regional e a Associação de Municípios da Região Autónoma dos Açores (Jornal Oficial, II série, n.º 9, de 28 de Fevereiro de 2001).

Isto porque o Eixo Prioritário 4 “*Apoiar o desenvolvimento do potencial endógeno*”, na medida 4.3 “*Educação e Desporto*” ao definir a intervenção das autarquias na rede do ensino básico (1.º ciclo e pré-escolar) refere exactamente que “*a intervenção das autarquias locais na rede de ensino básico processar-se-á no âmbito da substituição e remodelação das escolas degradadas e sem condições de ensino*”, tendo como objectivo “*modernizar, ampliar e equipar a rede do 1.º ciclo do ensino (...)*”, sendo que da tipologia de projectos candidatáveis destaca-se exactamente a “*construção/remodelação de estabelecimentos do 1.º ciclo do ensino básico*”.

Tais referências têm por sua vez de ser lidas à luz do que, quanto à Administração Regional, se define no Eixo Prioritário 1 “*Garantir as condições básicas para a melhoria da competitividade regional*”, medida 1.3 “*Infra-estruturas e equipamentos de educação e cultura*”: Esta não pode incluir aqueles investimentos sob pena de:

- a) Não se respeitar a repartição de competências existente;
- b) Permitir-se aos municípios da Região canalizar para outros investimentos verbas inicialmente contratualizadas para investimentos na área do ensino básico e pré-escolar.

ii – Nos termos da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, aos presidentes das câmaras municipais cabe assegurar a reparação e conservação corrente dos edifícios dos estabelecimentos de ensino primário, dever compreendido na competência de “*promover todas as acções necessárias à administração corrente do património municipal e à sua conservação*”, que lhe é conferida pela alínea h) do n.º 2 do artigo 68.º.

Sublinhe-se que esta mesma lei reafirma as competências dos municípios nesta matéria ao estabelecer no artigo 66.º (Competências delegáveis nas freguesias) que “*a câmara, sob autorização da assembleia municipal, pode delegar competências nas juntas de freguesia interessadas, mediante a celebração de protocolo, onde figurem todos os direitos e obrigações de ambas as partes, os meios financeiros, técnicos, e humanos e as matérias objecto de*

delegação” (n.º 1) entre elas “*Gestão, conservação, e reparação de equipamentos designadamente (...) escolas e estabelecimentos de educação pré-escolar, creches, jardins-de-infância(...)*” – alínea f) do n.º 2 – e “*Conservação e reparação de escolas do ensino básico e do ensino pré-escolar*” – alínea g) do n.º 2 –.

No que concerne à cooperação financeira entre a Administração Regional Autónoma e as autarquias locais anoto apenas que o Decreto Legislativo Regional n.º 31/86/A, de 11 de Dezembro, determina que “*constitui competência dos municípios no âmbito da administração corrente do respectivo património, a reparação e conservação das instalações dos estabelecimentos de ensino primário, bem como o pagamento dos respectivos consumos de água e electricidade*” (artigo 1.º).

Já o artigo 2.º remete para o regime da cooperação financeira os programas de grandes reparações e beneficiações dos estabelecimentos do ensino primário. É o Decreto Legislativo Regional n.º 32/2002/A, de 8 de Agosto, que prevê um regime de cooperação financeira directa na matéria em análise.

No que concerne aos estabelecimentos de educação e ensino, há que ter em conta o regime jurídico da autonomia das escolas que se encontra consagrado no Decreto-Lei n.º 43/89, de 3 de Fevereiro, diploma adaptado à Região pelo Decreto Legislativo Regional n.º 1/98/A, de 24 de Janeiro.

Mas aqui, entende essa autarquia, o Decreto Legislativo Regional n.º 11/2003/A, de 27 de Março, que reestrutura os fundos escolares previstos no Decreto Legislativo Regional n.º 1/98/A, ao determinar na alínea f) do n.º 1 do artigo 2.º que:

“O fundo escolar destina-se a administrar e fazer face a encargos com (...) realização de pequenas e médias obras de ampliação, conservação e beneficiação das infra-estruturas escolares”,

quis significar que os órgãos de gestão das escolas básicas integradas, das áreas escolares passavam a responsabilizar-se pelas obras de ampliação, conservação e reparação desses agrupamentos de escolas, através dos respectivos fundos escolares, retirando-se, conseqüentemente, por essa via (legislativa), a responsabilidade dos municípios no que concerne ao encargo que sobre os mesmos impende relativamente aos estabelecimentos do 1.º ciclo do ensino básico, conforme está fixado no artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 31/86/A, de 11 de Dezembro.

Mas, é mais correcto o entendimento de que tal regime regula *ex novo* relações entre entidades da Administração Regional Autónoma, não alterando, por isso, as regras que regem as relações entre os diferentes níveis de administração: o regime de autonomia, gestão e administração das escolas vigente não alterou o regime de propriedade dos edifícios nem as regras da sua conservação.

E, nesse contexto, a leitura da norma acima transcrita tem que ser feita tendo em conta que o fundo escolar é atribuído a “cada unidade orgânica do sistema educativo”, a cada agrupamento de escolas, ou seja, no caso das escolas básicas integradas, tem de entender-se que o fundo irá ser aplicado também para as obras em edifícios cuja ampliação, conservação ou beneficiação não compete aos municípios.

Uma situação pode ocorrer em que o novo método de gestão coincida com as regras de conservação e uso dos edifícios: quando numa mesma escola (edifício) funcionarem diferentes graus de ensino. Aí a questão terá de ser resolvida atentas as competências em matéria de parque escolar de cada uma das entidades. Os municípios são responsáveis pelo funcionamento de escolas em função do nível que aí é leccionado: neste caso é de acordar uma repartição de responsabilidades, por exemplo em função do número de alunos.

O exercício de competências nas matérias em causa não é nem cumulativo nem exclusivo. Tem natureza diferente: num caso assunção de competências que eram dos órgãos centrais da Administração Regional Autónoma, no outro manutenção de competências que são próprias das autarquias.

O que se pode concluir é que o entendimento da Administração Regional quanto à repartição de competências entre a Administração Local e a Administração Regional autónoma cumpre o disposto no Decreto-Lei n.º 7/2003, de 15 de Janeiro, no que respeita às competências na área da realização de investimentos por parte dos municípios, no domínio da manutenção dos estabelecimentos da educação pré-escolar e do ensino básico.

Nestes termos determinei o arquivamento do processo aberto por minha iniciativa, uma vez que é correcta a posição do Governo Regional dos Açores quanto ao facto de a responsabilidade pela realização de obras de manutenção nas edifícios dos estabelecimentos do ensino pré-escolar e das escolas do primeiro ciclo do ensino básico incumbir aos municípios.

Entidade visada: Director do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo

Assunto: Serviço de neonatologia do HSEAH. Apoio psicológico a doentes e familiares.

Em 3.7.2003 foi aberto processo na Provedoria de Justiça com o intuito de apurar a existência, ou não, de suficientes meios de acompanhamento dos utentes do HSEAH (e, bem assim, dos respectivos familiares) afectados por acontecimentos graves e dolorosos.

Como é consabido, a intervenção deste órgão do Estado foi propiciada pelo caso do falecimento, no dia 23 de Novembro de 1999, de um recém-nascido no Serviço Neonatologia uma vez que, depois de algumas conversas entre o meu assessor na Região Autónoma dos Açores e os pais do bebé, estes informaram que não beneficiaram de qualquer apoio psicológico prestado por técnicos especializados na área da saúde mental apesar da necessidade que revelaram ter então sentido.

Deve dar-se o devido destaque ao facto dos tristes acontecimentos acima referidos terem tido lugar em data em que V. Ex.^a não detinha o cargo de Direcção do HSEAH que hoje ocupa. Contudo, a colaboração que foi possível obter por parte dos então dirigentes – a qual deve ser realçada e louvada – permitiu concluir que o apoio psicológico eventualmente dispensado aos utentes e aos familiares dos doentes que dele pudessem carecer:

- i. não era especializado, ficando a cargo do pessoal médico de cada serviço e não da área da saúde mental;
- ii. era prestado de forma voluntarista, por iniciativa dos responsáveis dos serviços em que ocorriam os factos susceptíveis de gerar a necessidade de apoio;
- iii. era eventual, na medida em que se verificava somente se o pessoal do serviço tivesse disponibilidade e revelasse preocupação para tal apoio;
- iv. não beneficiaria de qualquer garantia de continuidade.

Tanto quanto é possível verificar, no domínio em apreço, a situação então vivida não terá sofrido modificação relevante.

Em uma unidade hospitalar como o HSEAH parece não existir justificação plausível para o facto de não ter sido prevista, e estar em funcionamento regular, uma estrutura de apoio psicológico – uma vez que o restante apoio clínico está, por definição, assegurado nas diversas valências – aos doentes e aos respectivos familiares afectados por acontecimentos dolorosos ou penosos.

Importa esclarecer que esta minha sugestão, que é apresentada nos termos do disposto no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, não visa a instalação de um novo serviço hospitalar, nem tão pouco a criação de uma estrutura fixa pesada e burocratizada; diferentemente, o que eu defendo é a existência de meios pré-definidos para que o pessoal de saúde saiba como orientar os utentes e respectivos familiares que tenham sido afectados por acontecimentos dolorosos, *maxime* pela morte de doentes internados, para técnicos especializados de saúde mental.

Em suma, entende o Provedor de Justiça que não pode continuar a ser deixado ao voluntarismo e à eventual disponibilidade profissional do pessoal dos serviços de saúde o acompanhamento dos doentes e seus familiares que carecem de apoio especializado na área da saúde mental.

Permito-me acrescentar, mesmo, que a ideia que aqui deixo poderia ser concretizada através da celebração de protocolos com entidades, públicas ou privadas, vocacionadas para o apoio na área da saúde mental.

Certo de que a minha sugestão merecerá a atenção e ponderação devidas, manifesto o agradecimento deste órgão do Estado pela colaboração que vem sendo prestada à Extensão dos Açores e preveleço-me da oportunidade para apresentar a V. Ex.^a os meus melhores cumprimentos.

R-3169/03

Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente do Conselho Executivo da EB 3/S

Assunto: Constituição de turmas.

Foi reclamada na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça a circunstância de os critérios de constituição das turmas do 7.º ano de escolaridade basearem-se, na Escola Básica 3/S Padre Jerónimo Emiliano de Andrade,

nas classificações que os alunos haviam tido no ano anterior, alegadamente visando a homogeneidade das turmas e a facilitação da concretização dos projectos curriculares.

No decurso da instrução, cuidou V. Ex.^a de dar conhecimento a este órgão do Estado do teor da deliberação do conselho Pedagógico da Escola, de 17.06.2003, sobre esta matéria. Acrescente-se, igualmente, que este mesmo assunto foi tratado na reunião havida, em 8.1.2004, entre V. Ex.^a e o meu assessor na Região Autónoma dos Açores.

Não constituirá surpresa – mesmo para quem não partilhe a mesma preocupação – verificar que existe justificado receio que o procedimento visado pudesse resultar em uma estratificação, artificial e perniciosa, dos alunos do 7.º ano de escolaridade, separando indevidamente, desde logo os alunos que transitaram com notas negativas dos alunos de excelência oriundos do 6.º ano.

Foi, por isso, com algum alívio que este órgão do Estado recebeu os esclarecimentos de V. Ex.^a, no sentido de que a nova definição de regras configurava o desenvolvimento de parâmetros resultantes do critério fixado pelo conselho pedagógico para a constituição de turmas e tinha como único fundamento a facilitação do trabalho das equipas pedagógicas. Ademais, acabou por verificar-se que a constituição das turmas do 7.º ano de escolaridade da Escola Básica 3/S Padre Jerónimo Emiliano de Andrade veio a obedecer a meros critérios de homogeneidade que visaram a compatibilização com objectivos de aperfeiçoamento do processo de aprendizagem.

Mas mesmo constatando que a questão objecto da queixa apresentada terá ficado ultrapassada entendo, por um lado, que a mera susceptibilidade de ser retornado o assunto, por outro, que a formulação vaga da deliberação do conselho pedagógico, são razões suficientes para fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

De facto, verifico que o conselho executivo defende que, obedecendo aos parâmetros que entendeu fixar, *‘se poderá desenvolver um trabalho diferenciado, indo de encontro às características dos alunos e tentando dar respostas às suas dificuldades ou expectativas’*, melhorando em consequência o desempenho escolar *‘e consequentemente prestar um melhor serviço à sociedade’*. Ora, mesmo sem fazer polémica, posso dizer que será sempre susceptível de discussão a concretização dos critérios objectivos de avaliação.

Se não, veja-se que, tanto a fixação dos critérios como a definição dos respectivos parâmetros feitos à luz dos critérios gerais de base definidos no

Regulamento já citado (no respectivo artigo 27.º) e, bem assim, dos princípios gerais enformadores do sistema educativo (fixados quer na lei de bases do ensino quer no diploma regional da autonomia dos estabelecimentos de ensino) não definem claramente as balizas daquelas definições.

Assim, entendo dever chamar a atenção de V. Ex.^a para a conveniência da discussão ampla e da obtenção de consensos alargados (envolvendo, designadamente, pais, alunos e professores) em matéria de organização de turmas e, bem assim, para a óbvia vantagem do afastamento de atitudes fracturantes relativamente a matérias tão sensíveis. Nestes domínios – como, estou certo, V. Ex.^a, a escola e o seus conselhos pedagógico e executivo serão os primeiros a reconhecer – a mera invocação da existência de deliberações de órgãos legítimos é, por si só, insuficiente e não invalida um debate alargado e um consenso amplo.

Com este apelo e com a presente chamada de atenção dei o assunto por encerrado e determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

R-4100/03

Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Conselho Executivo da Escola Básica 2, 3 de Angra do Heroísmo

Assunto: Professores. Pedido de destacamento. Instrução do processo. Forma de comunicação do indeferimento.

1. Referia-se a presente instrução ao processo aberto na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça em virtude de reclamação relativa ao destacamento da Senhora Prof.^a A.

2. Com efeito e como é consabido, foi reclamada a circunstância da Escola Básica 2,3 de Angra do Heroísmo:

- por um lado, não ter anexado a declaração referindo que a interessada estava em quadro de nomeação definitiva;

- por outro, ter omitido a informação constante de um fax, de 13/08/2003, proveniente da DRE e que dava conta da impossibilidade da interessada beneficiar do instrumento de mobilidade; e
- finalmente, não ter dado conhecimento à interessada do teor de fax da DRE, de 18/09/2003, que comunicou o indeferimento da DGAE.

3. A resposta que V. Ex.^a se dignou prestar a este órgão do Estado – e cujo teor agradeço – permitiu comprovar, claramente, que de facto não foi remetida a declaração referindo que a interessada estava em quadro de nomeação definitiva desde o ano escolar 2001/2002, ainda que aquela circunstância tenha sido motivada pela decisão de deixar à consideração da DRE o despacho sobre essa matéria.

4. O mesmo escritório de V. Ex.^a também demonstrou, inequivocamente, que, independentemente da questão de se saber a quem deveria incumbir dar à interessada conhecimento do teor do fax de 13/08/2003 proveniente da DRE, o certo é que a Senhora Prof.^a A. não foi informada da impossibilidade de vir a beneficiar do instrumento de mobilidade.

5. Finalmente, aquela mesma comunicação de V. Ex.^a evidenciou que, ainda que a afixação na sala dos professores de cópia do fax da DRE tenha resultado da intenção de dar conhecimento à interessada da decisão de indeferimento da DGAE, aquele procedimento veio-se a revelar inadequado para o efeito pretendido.

6. Assim sendo, e em suma, entende o Provedor de Justiça dever fazer uso da faculdade prevista no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, para chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de, em procedimentos futuros:

- a) serem sempre incluídas nos processos as declarações sobre a situação jurídica dos interessados, porque tal facto nunca será impeditivo de uma tomada de posição final por parte da DRE;
- b) na dúvida, comunicar sempre aos interessados o teor das informações que lhes digam respeito, uma vez que apenas se corre o risco de eles serem informados em excesso, por duas vias;
- c) as decisões respeitantes à situação individual dos interessados serem-lhes comunicadas pessoal e directamente, e nunca através da afixação em *placard* na sala dos professores, o qual deve ser utilizado para informações de cariz tendencialmente generalistas (*v.g.*, informação sindical; esclarecimentos gerais aos professores).

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo
Assunto: Operação urbanística. Edifício construído em regime de propriedade horizontal com impacte semelhante ao causado por operação de loteamento.

Deu entrada na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça uma queixa sobre alegadas ilegalidades administrativas e eventuais infracções de carácter criminal relativas ao procedimento de licenciamento de operação urbanística, em curso no n.º 83 da Ladeira Branca, da responsabilidade da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo.

Tendo a matéria objecto de queixa sido igualmente encaminhada para o Ministério Público, aliás também por deliberação do Executivo da presidência de V. Ex.^a, e porque importa evitar a duplicação de diligências, informo V. Ex.^a de que determinei o arquivamento da mesma, ao abrigo da alínea c) do artigo 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça.

Pese embora a mencionada decisão de arquivamento, devo chamar a atenção de V. Ex.^a para o seguinte.

Entendeu a autarquia que a construção de um edifício multifamiliar, organizado em banda, com oito fogos, de dois pisos, com entrada directa do exterior, tendo cada uma das fracções um pequeno jardim a nascente separado por um murete, podia ser efectuada mediante recurso à figura da propriedade horizontal, tendo em conformidade deferido o pedido.

O recurso à figura da propriedade horizontal teve, para os particulares requerentes de licenciamento de operação urbanística, vantagens evidentes, pelo menos até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho (regime jurídico da urbanização e da edificação – RJUE).

De facto, não recorrendo ao procedimento de loteamento ganha-se tempo, evitam-se as cedências gratuitas de terrenos para o domínio público, destinados a espaços verdes públicos e equipamentos de utilização colectiva, e ainda a realização das infra-estruturas que devam integrar o domínio público municí-

pal ou a respectiva compensação em numerário ou espécie (v. artigos 43.º e 44.º do RJUE), despesas a que acresce o pagamento das taxas municipais.

Pode continuar a ser assim naqueles municípios que não deram cumprimento à injunção do n.º 5 do artigo 57.º do RJUE; aí se prevê que, nos termos a definir em regulamento municipal, haja lugar a cedências sempre que, como no caso de edifícios construídos em regime de propriedade horizontal, se verifiquem impactes semelhantes aos causados por uma operação de loteamento.

Que dever impõe o princípio da legalidade aos municípios, nesta última situação?

*“Cabe às entidades intervenientes (...) detectar casuisticamente situações de fraude à lei. Em especial, estando as operações de loteamento sujeitas a controlo municipal, cabe à câmara municipal verificar, na situação concreta, da sua existência, ou seja, da existência de operações urbanísticas que tenham cumulativamente todos os elementos caracterizadores de uma operação de loteamento em sentido amplo.”*²⁵¹

Parece evidente que no caso concreto a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo não usou do zelo necessário à verificação dos pressupostos de existência de um loteamento.

Se quando na memória descritiva do projecto em causa se diz que “pretende-se a construção de 7 fogos (...) com entrada directa do exterior. Cada uma das fracções terá um pequeno jardim a nascente, (...) separado por muretes que garantem a privacidade”, é manifesto que não pode estar-se perante uma construção eximível ao regime de loteamento. Até porque, sendo certo que são elementos determinantes da possibilidade de aplicação do regime de propriedade horizontal a unidade física da construção e a unidade funcional, é também claro que a existência de logradouros ou jardins comuns não são razão suficiente para que não se proceda a um loteamento; neste caso nem logradouro comum chega a haver: além de que, desde logo, com a venda

²⁵¹ Fernanda Paula Oliveira e Sandra Passinhas, “Loteamentos e Propriedade Horizontal: guerra e paz”, in Rev. CEDOUA, n.º 9, pp. 45 e segs.

dos fogos há-de realizar-se a divisão jurídica dos lotes, que não teve lugar na altura devida.

Andou errada, pois, a autarquia ao licenciar nos termos vistos a operação urbanística em causa.

Errada não porque ao permitir tal licenciamento não tenha, num muito peculiar sentido, dado cumprimento aos princípios da colaboração, da desburocratização e da eficiência relativamente ao particular requerente do licenciamento; errada sim porque não cuidou do interesse público que manda privilegiar o loteamento urbano como forma de *“melhor programar e infra-estruturar a expansão urbana, processo mais seguro e com maior carácter de ordenamento dessa expansão”* (artigo citado). A decisão tomada tem, em princípio, inegável projecção (negativa) quanto ao ordenamento do território, ao ambiente, aos recursos naturais e, por isso, ainda quanto ao nível da qualidade de vida dos cidadãos em geral, mas também em particular, dos futuros adquirentes dos fogos da Ladeira Branca.

Sem esquecer as verbas que por vida de tal decisão deixam de entrar nos cofres da autarquia e das que terão que sair por o loteador de facto não ter realizado infra-estruturas a que estaria obrigado e que cedo ou tarde se tornarão necessárias, mais uma vez com implicações para o conjunto dos cidadãos.

Na informação s/n, de 5 e Dezembro de 2003, com o título *“exposição de ... construção de moradias na Ladeira Branca”* essa autarquia, para justificar o licenciamento no caso em apreço, usa o argumento de que *“a concretização do enquadramento de determinadas operações urbanísticas no instituto da propriedade horizontal ou na figura da operação de loteamento perdeu significativamente importância sob o ponto de vista do ordenamento do território”* por via da previsão do n.º 5 do artigo 57.º do RJUE já citado. Só que simultaneamente referindo e esquecendo a necessidade da mediação de um regulamento municipal, o que é, no mínimo, paradoxo que só mais fina ironia permitirá certamente esclarecer.

Razões que justificam a necessidade de chamar a atenção à Câmara Municipal de Angra do Heroísmo para que, enquanto não der cumprimento ao dever de regulamentar o n.º 5 do artigo 57.º do RJUE, seja mais criteriosa na avaliação da possibilidade de dispensa do instituto do loteamento nas operações jurídicas pertinentes realizadas no concelho.

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Instituto de Gestão de Regimes da Segurança Social

Assunto: Segurança social. Pensão de invalidez. Dever de fundamentação.

Foi apresentada queixa na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça relativamente à decisão, tomada pelos serviços competentes desse instituto, de fixar o início do pagamento de uma pensão de invalidez a partir da data da deliberação da comissão de recurso e não da data da entrada do requerimento para a obtenção da dita pensão; a queixa incidia ainda sobre um alegado atraso no mesmo procedimento.

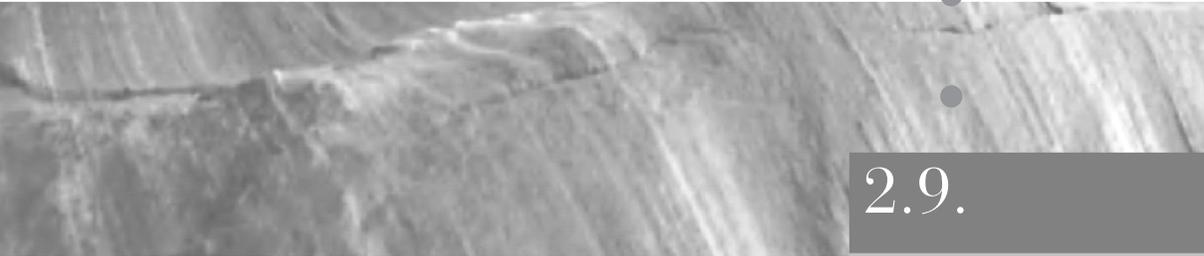
Face aos elementos disponíveis e às normas legais aplicáveis, é de concluir que a decisão da Administração foi adequada, não se detectando, no que ao objecto da queixa diz respeito, ilegalidade passível da intervenção do Provedor de Justiça.

Não obstante, a resposta dada a uma reclamação do particular no interesse do qual foi apresentada a queixa, resposta transmitida a coberto do ofício de 30 de Dezembro de 2003, do Centro Coordenador de Prestações Diferidas, não esclarece, tão pouco sucintamente, a motivação da decisão tomada.

Ora, o dever de fundamentação é uma das mais relevantes garantias dos particulares, ao sujeitar a Administração à obrigatoriedade de, expressamente, e de forma clara, coerente e completa, expor os fundamentos de facto e de direito da decisão.

Sendo a resposta acima referida acto final do procedimento em apreço, mais se afigurava necessário o seu exacto cumprimento. Acresce que uma cabal fundamentação da decisão, correcta, teria permitido evitar a suspeição levantada sobre o serviço competente.

A importância nuclear do dever de fundamentação, bem como as circunstâncias acima descritas, motivam-me a fazer uso da faculdade prevista no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e a chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de, no futuro, a comunicação das deliberações dos serviços do instituto a que V. Ex.^a preside ser acompanhada de adequada, ainda que sucinta, fundamentação de facto e de direito



2.9.

Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma da Madeira

Assessor:

António Luís Figueiredo Vasco

2.9.1. Introdução

O ano de 2004 foi marcado, na Extensão da Madeira, por um abrandamento da actividade processual, motivado pela situação de baixa prolongada em que se encontrou o assessor da Extensão no último quadrimestre do ano.

A fim de evitar prejuízos na normal instrução dos processos, estes foram sendo instruídos em Lisboa, quer directamente através do Gabinete do Provedor de Justiça, quer mediante a redistribuição de processos às áreas da Provedoria de Justiça materialmente competentes.

Aos 49 processos que se encontravam pendentes em 01.01.2004, acresceram 41 recebidos na Extensão ao longo do ano. Destes, a quase totalidade teve origem em queixas novas, tendo também sido registadas algumas (poucas) reaberturas de processos que se encontravam arquivados e (ainda menos) entradas de processos redistribuídos à Extensão, provenientes das áreas da Provedoria em Lisboa.

Quanto aos processos arquivados ou rearquivados, foram num total de 51, tendo ainda saído da Extensão mais 8 processos, por redistribuição às áreas da Provedoria.

Assim sendo, verifica-se que a pendência inicial de 49 processos passou, no final do ano, para 31 processos (aos 49 pendentes acresceram os 41 entrados na Extensão e abateram-se os 59 saídos por arquivamento ou redistribuição).

Quanto à caracterização das queixas entradas em 2004, confirma-se o enorme peso que assumem, na Extensão, as questões de ordenamento do território, urbanismo e ambiente. Se nos anos anteriores esta matéria foi sempre a mais recorrente nas queixas apresentadas, no ano de 2004 tal tendência não só se confirmou como se reforçou. Com efeito, em 2003 as queixas nesta matéria tinham rondado os 33% das queixas entradas, valor que em 2004 disparou para os 56,09%.



Por oposição, registou-se um decréscimo relativamente acentuado nas queixas entradas em matéria de funcionalismo público: de 16% em 2003, os valores de 2004 desceram para 2,44%.

Por último, é também de assinalar uma subida de cerca de seis pontos percentuais nas queixas sobre a actividade judiciária, assunto que em 2003 fora o menos trazido à Extensão pelos cidadãos mas que em 2004 deu origem a 9,76% das queixas aqui apresentadas.

As restantes matérias não sofreram variações consideráveis relativamente ao ano anterior: os assuntos político-constitucionais e as questões relacionadas com direitos liberdades e garantias e com a educação continuam a constituir o segundo grupo de matérias mais frequentemente objecto de queixas na Extensão, mas no seu conjunto não chegaram a alcançar os 15%, muito aquém, portanto, das questões de ordenamento do território, urbanismo e ambiente.

Em matéria de segurança social, trabalho, direitos dos consumidores e assuntos financeiros, verificaram-se ligeiras descidas relativamente ao ano anterior mas a situação não é, no essencial, muito diferente: estas matérias situam-se, habitualmente, no meio da tabela das questões colocadas, não sendo das mais recorrentes mas tão pouco sendo raras.

A considerável subida da percentagem de queixas relacionadas com ambiente, urbanismo e ordenamento do território reflectiu-se também ao nível da percentagem de queixas que têm câmaras municipais como entidades visadas. Também esta realidade, já sentida em anos anteriores, se acentuou em 2004, sendo as câmaras mais visadas as do Funchal e de Santa Cruz.

A par do acréscimo de queixas contra as câmaras municipais do arquipélago constata-se que estas continuam a ser, também, as entidades menos cooperantes com o Provedor de Justiça na instrução dos processos e na procura de soluções para os problemas apresentados.

Esta situação tem reflexos negativos sob vários aspectos: (1) prejudica a celeridade que se deseja conferir à instrução de processos na Provedoria de Justiça, fazendo arrastar a instrução com o conseqüente dispêndio de recursos financeiros e humanos; (2) atrasa o momento em que o cidadão obtém uma resposta concreta à sua queixa: uma vez que o Provedor de Justiça ouve sempre as entidades visadas nas queixas antes de sobre as mesmas tomar posição, a falta de colaboração das autarquias nesta fase atrasa o momento em que se comunica a decisão final do assunto ao interessado; (3) prejudica, não raro, as



próprias câmaras, quer quando se constata que o reclamante não tem razão (quanto mais cedo se alcançar essa solução mais cedo a Provedoria pode elucidar o cidadão quanto à correcção da actuação da câmara), quer quando se conclui que a queixa é procedente (pois neste caso poderá a Provedoria auxiliar na procura de uma solução consensual que ponha fim ao litígio entre o particular e a câmara).

O contraponto encontra-se nas queixas contra a Administração Regional: em regra, os pedidos de colaboração são respondidos com maior celeridade e revelam um estudo prévio da questão e uma real intenção de esclarecer as dúvidas colocadas pela Provedoria de Justiça.

Sendo embora realidades muito distintas, e compreendendo-se, por isso, que Administração Local e Administração Regional tenham meios, necessidades e comportamentos diversos, espera a Extensão da Provedoria de Justiça na Madeira poder alcançar, relativamente às câmaras, o grau de colaboração mútua entretanto conseguido relativamente à Administração Regional.



2.9.2. Processos Anotados

R-2533/02

Assessor: A. Figueiredo Vasco

Assunto: Urbanismo.

Objecto: Obra feita sem licença camarária.

Decisão: Processo arquivado pela obra ter sido demolida após a intervenção da Provedoria de Justiça.

Síntese:

F.... reclamou da Câmara Municipal da Calheta pelo facto de tendo pedido à autarquia que ordenasse a demolição de uma obra efectuada num edifício de habitação colectiva em que um dos condóminos sem licença camarária fechou uma varanda, a autarquia não ter dado qualquer resposta nem adoptado qualquer procedimento para repor a legalidade.

Após muitas insistências feitas junto da câmara municipal, o condómino acima referido acabou por ser notificado pela autarquia para proceder à demolição o que veio a acontecer tendo a Provedoria feito um veemente reparo à autarquia pela deficiente colaboração prestada a qual determinou que a instrução do processo se prolongasse por tempo muito superior ao que seria razoável.

R-4022/03

Assunto: Ruído. Actividade não licenciada.

Objecto: Extracção de inertes levada a efeito por empresa não licenciada. Produção de ruído e danos estruturais em edifício, alegadamente causados pela actividade extractiva.



Decisão: Processo arquivado após vistoria ao local e conseqüente suspensão dos trabalhos de extracção de inertes.

Síntese:

1. Foi aberto processo na Extensão da Provedoria de Justiça na Madeira sobre os incómodos – ruído, poeiras e fendas em casa de habitação – alegadamente causados pela abertura de túneis para extracção de pedra, por parte de empresa que não seria titular de licença para o efeito.

2. Das informações obtidas junto da Secretaria Regional do Ambiente e Recursos Naturais, bem como a Direcção Regional do Comércio, Indústria e Energia, resultou, num primeiro momento, que a extracção de pedra referida na reclamação era ilegal, pelo que a mesma foi suspensa, tendo sido instaurado um processo de contra-ordenação.

3. Informou no entanto o reclamante que já depois da ordem de suspensão dos trabalhos, a extracção de inertes fora retomada, ocorrendo intermitentemente, o que dificultava a sua detecção pelos serviços de fiscalização.

4. Foi por isso solicitada, pelo Provedor de Justiça, a especial colaboração da Direcção Regional do Comércio, Indústria e Energia para que, em vistoria a efectuar na seqüência de prévia sinalização do reclamante e com a presença do assessor na Extensão da Provedoria de Justiça na Madeira, fosse confirmado – ou não – o prosseguimento da actividade ilegal de extracção de inertes.

5. Na seqüência dessa vistoria foi confirmada a denúncia e novamente ordenada a imediata suspensão dos trabalhos, bem como a retirada da máquina do local, assim se repondo a legalidade da situação denunciada.

6. Resolvida a parte da queixa relacionada com a intervenção fiscalizadora de entidades públicas, foi determinado o arquivamento do processo, já que a questão remanescente – apurar, quantificar e comprovar os danos alegadamente resultantes da actividade ilegal, bem como o nexo de causalidade entre tais danos e essa mesma actividade – configurava um litígio entre particulares susceptível de resolução pela via judicial mas não por intervenção do Provedor de Justiça.

2.9.3. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-1849/04

Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: EEM – Empresa de Electricidade da Madeira

Assunto: Consumo. Cobrança de dívida de fornecimento de energia eléctrica. Suspensão do fornecimento. Pré-aviso.

Instruído o processo em referência constata-se uma completa divergência quanto aos factos alegados pelo reclamante e os referidos por V. Ex.^a, matéria que não pode ser dirimida por este órgão do Estado dado que a sua actuação se efectua através de meios informais como expressamente refere o n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril – Estatuto do Provedor de Justiça.

Ora, o apuramento da matéria de facto tem uma importância decisiva para a determinação do Direito aplicável e por isso determinei o arquivamento do processo ao abrigo da 2.^a parte da alínea b) do artigo 31.º da Lei acima citada.

Não posso, porém, deixar de estranhar que a empresa que V. Ex.^a dirige tivesse deixado arrastar durante cerca de cinco anos uma situação de dívida sem diligenciar de forma decisiva para pôr termo a tal situação.

Quanto ao meio utilizado para dar cumprimento ao disposto no artigo 5.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, é entendimento da Provedoria de Justiça que, nos casos em que se prevê possam surgir dificuldades de prova de entrega dos pré-avisos de suspensão de fornecimento e/ou nos casos em que os mesmos tenham como destinatários utentes que reiteradamente incumpram os seus deveres de pagamento dos serviços prestados, tais pré-avisos devem ser remetidos através de carta registada com aviso de recepção.





Censuras, reparos e sugestões ...

Com efeito, e embora essa exigência não conste expressamente do texto legal, a adoção de tal procedimento apresenta indiscutíveis vantagens, já que reforça a certeza de que as entidades fornecedoras dão cumprimento à exigência legal de aviso prévio à suspensão de fornecimento, facilitando a respectiva prova.

Formuladas estas observações, e esperando que as mesmas contribuam para a melhoria do serviço prestado por essa empresa aos seus utentes, agradeço a colaboração prestada ao longo do processo ora arquivado e apresento a V. Ex.^a 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

R-1276/01

O Provedor de Justiça, no uso da competência prevista no artigo 281.º, n.º 2, alínea *d*), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da:

- a) constitucionalidade da norma constante do artigo 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, aditada a este diploma pelo artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, *na parte em que exclui do seu âmbito de aplicação os funcionários que tiverem mudado de escalão há menos de um ano*, quando conjugada com os Anexos ao referido Decreto-Lei n.º 404-A/98 e ao Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, que constituem partes integrantes dos respectivos diplomas, *na medida em que da sua aplicação resultarem situações de inversão de posições remuneratórias relativas de funcionários da Administração Pública;*
- b) constitucionalidade da norma constante do mesmo artigo 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, aditada a este diploma pelo artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, quando conjugada com os Anexos ao referido Decreto-Lei n.º 404-A/98 e ao Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, que constituem partes integrantes dos respectivos diplomas, *na medida em que da sua aplicação resultarem situações de inversão de posições remuneratórias relativas de funcionários da Administração Pública.*

Entende o Provedor de Justiça violar o identificado art. 17.º, n.º 3 – quanto ao pedido formulado na alínea *a*), no segmento no mesmo assinalado – as normas constantes dos artigos 13.º e 59.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º

O Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, que veio regular o estatuto remuneratório dos funcionários e agentes da Administração Pública, definiu, no art. 17.º na sua versão originária, as três seguintes regras a que ainda hoje deve obedecer a promoção a categoria superior dentro da mesma carreira.

2.º

A promoção faz-se para o escalão 1 da categoria superior [(cf. n.º 1, alínea *a*)] ou para o escalão a que na estrutura remuneratória da categoria para a qual se faz a promoção corresponder o índice superior mais aproximado, se o funcionário vier já recebendo remuneração igual ou superior à do escalão 1 [(cf. n.º 1, alínea *b*)]. De qualquer forma, nunca pode resultar, para o funcionário, da promoção efectivada, uma valorização salarial inferior a 10 pontos indiciários (cf. n.º 2).

3.º

Posteriormente, veio o Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, estabelecer novas regras sobre o ingresso, acesso e progressão nas carreiras e categorias do regime geral bem como as correspondentes escalas salariais, ainda em vigor (vd. Anexo ao diploma), tendo, através do respectivo art. 27.º, conferido uma nova redacção ao art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, aditando-lhe um n.º 3, que mandava, no caso de “*a remuneração, em caso de progressão, for superior à que resulta da aplicação dos números anteriores*” que a promoção se fizesse “*para o escalão seguinte àquele que lhe corresponderia por força daquelas regras, excepto se o funcionário tiver mudado de escalão há menos de um ano*”.

4.º

A referida regra acrescentada pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98 ao diploma de 1989 teve como propósito obstar a que os funcionários promovidos à categoria superior viessem, designadamente por aplicação das regras

constantes dos n.ºs 1, alínea *b*), e 2, do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, a perceber remuneração inferior à dos funcionários promovidos em momento posterior àquela mesma categoria.

5.º

Ilustrando com um exemplo, muitas conjugações sendo possíveis, a situação que se verificava antes da introdução da regra actualmente constante do n.º 3 do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89 (por aplicação das regras apenas dos respectivos n.ºs 1 e 2), imagine-se a situação de dois funcionários, A e B, com igual antiguidade na categoria de técnico auxiliar de 2.ª classe que progridem, em 1 de Outubro de 1992, para o escalão 2 da categoria, com o índice 170 (vd. Anexo n.º 1 ao Decreto-Lei n.º 353-A/89). Em 1 de Novembro de 1993, o funcionário A é promovido à categoria de técnico auxiliar de 1.ª classe, ficando integrado, de acordo com as regras do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, na sua versão originária, no escalão 1, com o índice 180. O funcionário B mantém-se na categoria de técnico auxiliar de 2.ª classe e progride, em 1 de Outubro de 1995, para o escalão 3, com o índice 180. Em Novembro desse mesmo ano, é promovido este funcionário à categoria de técnico auxiliar de 1.ª classe e integrado, por via da aplicação das referidas regras do art. 17.º do diploma de 1989, na sua versão originária, no escalão 2 da categoria, com o índice 190.

6.º

No exemplo acima dado, o funcionário B, promovido posteriormente à categoria superior, vem beneficiar de um estatuto remuneratório mais elevado que o do funcionário A, promovido à referida categoria em data anterior. O funcionário A só alcançará a posição do colega B em 1 de Novembro de 1996, portanto um ano depois deste, permanecendo A atrás de B, em termos remuneratórios, ao longo da progressão na referida categoria.

7.º

Aliás, parte da mencionada norma, tal como existia antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 404-A/98, mais propriamente a alínea *b*) do n.º 1 do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, foi já em concreto objecto de juízo de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, pelas razões expostas, por exemplo através do seu Acórdão n.º 426/01.

8.º

Compreende-se, assim, a intenção do legislador em alterar as regras da promoção, através da actual redacção do n.º 3 do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, por forma a que o regime deixasse de se revelar mais benéfico para o funcionário que não concorresse à promoção, aguardando que a progressão na mesma categoria lhe trouxesse uma valorização salarial maior.

9.º

Se por mero exercício viesse a ser aplicado, ao exemplo acima dado, o actual dispositivo constante do n.º 3 do art. 17.º em causa, o funcionário A teria sido colocado, na data da promoção, logo no 2.º escalão da categoria de técnico auxiliar de 1.ª classe, beneficiando, sem quaisquer condicionamentos, do regime criado pela aprovação do n.º 3 do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, na medida em que tinha já, à data da promoção, completado um ano na categoria anterior. Por seu turno, o funcionário B, não preenchendo, à data da promoção, o requisito imposto pela parte final do n.º 3 do art. 17.º, não beneficiaria do regime estabelecido pela norma, sendo colocado, na data da sua promoção, no escalão 2 da categoria de técnico auxiliar de 1.ª classe, com o índice 190, superior em 10 pontos indiciários ao índice que detinha na categoria anterior, ficando aparentemente em situação paritária com o funcionário A, mas verdadeiramente atrás, já que este último, um ano depois, progrediria para o 3.º escalão daquela categoria.

10.º

Isto mesmo é confirmado noutro exemplo de aplicação da norma estabelecida no art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, desta feita reportado à aplicação da norma em causa conjugada com o Anexo ao Decreto-Lei n.º 404-A/98.

11.º

C e D progrediram, em 1 de Janeiro de 2001, para o escalão 3 da categoria de técnico profissional de 2.ª classe, com o índice 210 (v. Anexo ao Decreto-Lei n.º 404-A/98). Em 1 Julho de 2003, o funcionário C é promovido à categoria de técnico profissional de 1.ª classe, ficando integrado no escalão 3, com o índice 230. O funcionário D mantém-se na categoria de técnico

profissional de 2.^a classe e progride, em 1 de Janeiro de 2004, para o escalão 4, com o índice 220. Em Fevereiro desse mesmo ano, é promovido este funcionário à categoria de técnico profissional de 1.^a classe e integrado no escalão 3, com o índice 230.

12.º

Se por mero exercício, em sentido contrário do que acima foi feito, se aplicassem as regras do art. 17.º do diploma de 1989, na sua versão originária, isto é, apenas as normas constantes dos respectivos n.ºs 1 e 2, a este último exemplo, o funcionário C teria sido colocado, à data da sua promoção, isto é, em 1 de Julho de 2003, não no escalão 3 da categoria superior, mas no escalão 2, com o índice 220, vindo, em Fevereiro de 2004, a ser ultrapassado pelo funcionário D, menos antigo.

13.º

No fundo, optou o legislador, no âmbito do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, por ficcionar a progressão para o escalão seguinte – que ocorreria caso não se tivesse entretanto dado a promoção –, premiando desta forma o esforço e desempenho do funcionário que foi promovido, num exercício que tutela a confiança deste na ideia de que a promoção trará sempre benefícios, designadamente em termos salariais, face à situação de permanência na mesma categoria e de evolução através da mera progressão.

I) Da inconstitucionalidade do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, na parte em que exclui do respectivo âmbito de aplicação os funcionários que tiverem mudado de escalão há menos de um ano:

14.º

Conforme já acima dito, o art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89 faz depender a aplicação do seu regime da permanência do funcionário, no escalão detido à data da promoção, por um período igual ou superior a um ano.

15.º

Conforme resulta também dos exemplos acima dados, a inclusão desta excepção à regra do art. 17.º, n.º 3, tem permitido obviar a distorções no sis-

tema remuneratório em apreço, provocadas por esta última. A título ilustrativo, no exemplo apresentado no n.º 11.º do presente requerimento, a inexistência da exceção em apreço teria feito com que o funcionário D tivesse sido promovido, não para o 3.º escalão, como sucedeu, mas para o 4.º escalão, com o índice 245, ficando à frente do funcionário C, mais antigo na categoria.

16.º

Não obstante tal verificação, a aplicação daquele requisito específico da norma em referência tem igualmente originado, também ele, novas distorções nas posições remuneratórias relativas dos funcionários dentro da mesma carreira.

17.º

Para melhor compreensão, reproduz-se aqui uma situação real relatada em reclamação que foi apresentada ao Provedor de Justiça, a propósito da questão em análise.

18.º

Duas funcionárias, E e F, progrediram, em 1996, para o 4.º escalão da categoria de técnico superior de 1.ª classe, a que correspondia o índice 485 (cf. Anexo n.º 1 ao Decreto-Lei n.º 353-A/89). Em 16 de Abril de 1998, E foi nomeada técnica superior principal, tendo F sido opositora no mesmo concurso mas não tendo ficado colocada nos lugares a prover. A funcionária E foi posicionada no 1.º escalão da categoria de técnico superior principal, a que correspondia o índice 500.

19.º

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 404-A/98, reportada a 1 de Janeiro de 1998 (art. 34.º, n.º 1), e por aplicação das regras de transição aí previstas, a funcionária E foi primeiramente posicionada, com efeitos reportados a 1 de Janeiro de 1998, no 3.º escalão da categoria de técnico superior de 1.ª classe, com o índice 500, e reposicionada, com efeitos reportados a 16 de Abril de 1998 (data da promoção), no 1.º escalão da categoria de técnico superior principal, com o índice 510 (cf. Anexo ao Decreto-Lei n.º 404-A/98). A funcionária F é posicionada, com efeitos reportados a 1 de Janeiro de 1998, no 3.º escalão da categoria de técnico superior de 1.º classe, com o índice 500.

20.º

Em Abril de 1999, um ano após a promoção da funcionária E, a funcionária F é promovida à categoria de técnico superior principal. Nesta data, por aplicação precisamente da regra aqui em discussão, contida na parte final do n.º 3 do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, aditado pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, a funcionária F é posicionada no 2.º escalão da categoria a que foi promovida, com o índice 560, portanto um escalão à frente da funcionária E, que está apenas há um ano no primeiro escalão e aí se manterá por mais dois.

21.º

Se não existisse o requisito constante da parte final do referido n.º 3 do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, a funcionária E teria, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 404-A/98, e com efeitos reportados a 16 de Abril de 1998, data em que foi promovida, sido colocada, não no 1.º escalão (como sucedeu, já que não tinha, nesse momento, completado ainda um ano no escalão em que se encontrava na anterior categoria), mas no 2.º escalão da categoria superior. Assim sendo, a promoção, um ano depois, da funcionária F não teria provocado a distorção acima assinalada, e as posições relativas ter-se-iam mantido intocadas.

22.º

O caso concreto acima relatado traduz uma situação em que os funcionários têm igual antiguidade na carreira, embora a funcionária E seja mais antiga na categoria. No entanto, pode acontecer, por aplicação do referido requisito, que um funcionário mais antigo, não só na categoria como também na carreira, se veja ultrapassado por um outro com menor antiguidade, num e noutro parâmetro.

23.º

Imagine-se, por exemplo, no âmbito das tabelas salariais aprovadas com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 404-A/98 (vd. Anexo ao diploma), que o funcionário G progride para o 3.º escalão da categoria de técnico superior de 1.ª classe em 1 de Janeiro de 2002. Em 1 de Dezembro do mesmo ano é promovido à categoria de técnico superior principal. Ora, pela aplicação da regra aqui em discussão, será G colocado no 1.º escalão desta categoria superior, com o índice 510. Por outro lado, o funcionário H progride para o refe-

rido 3.º escalão da categoria de técnico superior de 1.ª classe em 1 de Junho de 2002. Em 1 de Julho de 2003 é promovido à categoria de técnico superior principal, e por aplicação da mesma regra, é colocado no 2.º escalão, com o índice 560, portanto à frente de G, mais antigo na carreira, e que só alcançará aquele mesmo escalão em 1 de Dezembro de 2005.

24.º

Se o requisito ínsito na parte final do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89 não existisse, manter-se-iam, nos casos apontados, as posições relativas dos funcionários em causa.

25.º

Numa hipótese mais extrema, se o funcionário I, com a mesma antiguidade do funcionário J, e tendo ambos progredido para 3.º escalão da categoria de técnico superior de 1.ª classe em 1 de Janeiro de 2002, é promovido no dia 31 de Dezembro de 2002, será colocado no 1.º escalão da categoria de técnico superior principal, com o índice 510; se o funcionário J for promovido, por hipótese, um dia depois, no dia 1 de Janeiro de 2003, à mesma categoria, já será colocado no escalão 2, com o índice 560.

26.º

Terá pretendido o legislador, com a aprovação do referido limite à aplicação da regra do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89 – que resolverá algumas distorções geradas pela aprovação designadamente do regime da norma – salvaguardar a posição dos funcionários mais antigos no escalão, logo dos funcionários com maiores expectativas de progressão, sem prejuízo de outros motivos, especialmente de índole financeira, poderem também estar aqui subjacentes.

27.º

Só que a aplicação da referida fórmula teve como efeito, por sua vez, a criação de novas distorções no sistema remuneratório das carreiras do regime geral, levando mesmo à inversão das posições remuneratórias dos funcionários nas carreiras em causa, conforme se procurou atrás demonstrar.

28.º

É já significativa a jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a situações de inversão de posições remuneratórias nas carreiras da Administração Pública, de que são exemplos os Acórdãos n.ºs 584/98, 254/2000 e 405/2003.

29.º

Entendeu esse Tribunal, no âmbito dos referidos arestos, que o legislador, ao permitir que funcionários com maior antiguidade na categoria viessem a auferir remuneração inferior à de funcionários com menor antiguidade e habilitações idênticas, sem que para tal existisse fundamento constitucional relevante, violou o princípio da igualdade consubstanciado no art. 13.º e, de forma mais específica, no art. 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição.

30.º

Citando o Acórdão n.º 254/2000, a propósito da situação aí analisada, que se prendia com a circunstância de alguns funcionários promovidos antes de uma determinada data terem ficado prejudicados face aos que foram promovidos à mesma categoria após essa data, referiu o Tribunal Constitucional que a circunstância de, na data em causa, ter entrado em vigor um novo sistema retributivo, *“não constitui fundamento suficiente para discriminar funcionários que, por mérito, já haviam sido promovidos anteriormente. Com efeito, as expectativas de uns e de outros merecem igual tutela, sob pena de se promover o prejuízo daqueles que de forma presumivelmente mais adequada exercem a sua actividade profissional”*. E acrescenta-se que *“não pode encontrar-se fundamento racional para, por força da lei, uma diferença salarial de que beneficiava funcionário colocado em categoria superior; ser convertida em diferença salarial que o coloca em plano salarial inferior ao de colegas seus com menor tempo de serviço na mesma categoria”*.

31.º

Por seu turno, o Acórdão n.º 405/2003 faz referência ao facto de ser suficiente o critério da antiguidade na categoria para apurar da eventual inconstitucionalidade de uma inversão das posições remuneratórias relativas dentro dessa mesma categoria. Aí se diz que *“possuindo uma determinada*

categoria um dado conteúdo funcional (...) o princípio «a trabalho igual salário igual» impõe que o tertium comparationis seja o critério da antiguidade na categoria. De resto, foi esse critério – repete-se: o critério da antiguidade na categoria – que o Tribunal utilizou, entre outros, nos Acórdãos n.ºs 548/98 ou 254/2000, concluindo pela inconstitucionalidade de normas que permitiam o recebimento de remuneração superior por funcionários que acederam mais recentemente a uma dada categoria”.

32.º

Retomando a presente questão, conclui-se assim que o referido critério incluído na parte final do n.º 3 do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/98, de ordem exclusivamente temporal, desatendendo ao tipo de trabalho desenvolvido, às capacidades e qualificações dos trabalhadores, e introduzindo uma diferenciação de tratamento sem que se vislumbre fundamento material bastante que a justifique, revela-se como arbitrário.

33.º

Violou assim o legislador, ao aprová-lo, o princípio da igualdade ínsito no art. 13.º da Constituição e, na sua formulação específica aplicada às relações laborais, no art. 59.º, n.º 1, alínea a), da Lei Fundamental.

II) Da inconstitucionalidade do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89:

34.º

Nos exemplos acima dados quanto aos efeitos nefastos da aplicação da regra constante do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, interfere, em todos eles, o segmento da norma que exclui do seu âmbito de aplicação os funcionários que tiverem mudado de escalão há menos de um ano.

35.º

No entanto, mesmo que o citado art. 17.º, n.º 3, não contivesse tal excepção, seria a mesma regra susceptível de gerar igualmente situações de inversão de posições remuneratórias.

36.º

Imagine-se, para ilustrar tal afirmação, a situação de dois funcionários, L e M, ambos da carreira de desenhador, do grupo de pessoal técnico-profissional a que alude o Anexo II ao Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro – que adaptou à administração local as regras do Decreto-Lei n.º 404-A/98, mandando aplicar a norma aqui em discussão, constante deste último diploma, às escalas salariais que aprovou.

37.º

L e M estão ambos colocados na categoria de técnico profissional especialista. L é mais antigo na categoria que M, tendo progredido para o 3.º escalão da mesma, com o índice 285, em 1 de Junho 1999, sendo que M progrediu para o referido 3.º escalão seis meses mais tarde, em 1 de Dezembro de 1999.

38.º

O funcionário L é entretanto promovido, dentro da referida carreira, à categoria de técnico profissional especialista principal, em 1 de Junho de 2001, ficando colocado no escalão 2, com o índice 315.

39.º

O funcionário M, pelas regras normais da progressão, é colocado, em 1 de Dezembro de 2002, no escalão 4 da categoria de técnico profissional especialista, com o índice 305. Um ano mais tarde, em 1 de Dezembro de 2003, é promovido à categoria superior, de técnico profissional especialista principal, ficando colocado no escalão 3 da nova categoria, com o índice 330, posição remuneratória que o funcionário J, mais antigo na categoria e carreira, só conseguirá atingir, pela via da progressão, em 1 de Junho de 2004.

40.º

Repare-se como, no exemplo acima dado, em que não há interferência da excepção consignada na parte final do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/98, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98 – os funcionários L e M beneficiaram ambos da previsão da norma sem quaisquer condicionamentos, isto é, sem a excepção constante da sua parte final, já

que ambos tinham mais de um ano de permanência no escalão anterior –, também se verificam situações de inversão das posições remuneratórias, passando funcionários menos antigos na categoria e na carreira a auferir remuneração superior à de funcionários mais antigos, anteriormente promovidos à categoria superior.

41.º

Do que fica acima exposto, conclui-se que não obstante o n.º 3 do art. 17.º ter aparentemente vindo solucionar as distorções decorrentes das regras da promoção resultantes da aprovação do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, na sua versão originária, mais concretamente dos n.ºs 1, alínea b), e 2, e nessa medida se revelar aquela norma benéfica, criou ela própria, mesmo desconsiderando a exceção contida na respectiva parte final da norma, novas distorções no sistema, promovendo novas situações de inversões de posições remuneratórias nas carreiras da Administração Pública, sem fundamento bastante que as justifique, chamando-se aqui à colação a jurisprudência a propósito proferida nos Acórdãos atrás referenciados.

42.º

As distorções em causa sucedem, quase inevitavelmente, na medida em que se verifica hoje em dia, nas carreiras da Administração Pública, uma sobreposição de índices dos últimos escalões das categorias inferiores com os primeiros escalões das categorias superiores.

43.º

Acresce que a aplicação da referida norma, constante do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, tenderá a manter ou a reproduzir as referidas desigualdades, atenta a dinâmica evolutiva das carreiras da Administração Pública.

44.º

Conforme se refere no Acórdão n.º 356/2001 desse Tribunal, relativamente a situação semelhante em que o legislador, ao tentar reparar injustiças, desencadeou distorções no sistema remuneratório, *“se foi escopo dessas normas (em apreciação na decisão mencionada) a tentativa de reparação ou compensação de injustiças, não deixa de ser certo que as soluções legais delas*

emergentes vieram causar uma casuística dissemelhança cuja averiguação e valoração se não vislumbra encontrar espaço num indirizzo político ainda permitido pela não disponibilidade constitucional”.

45.º

Assim, a norma contida no art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, aditada ao diploma pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, revelar-se-á, tendo em atenção a fundamentação acima exposta, violadora do princípio da igualdade na retribuição, ínsito no art. 59.º, n.º 1, alínea *a*), e 13.º da Lei Fundamental, na estrita medida em que da respectiva aplicação, seja do regime pela mesma instituído seja da excepção a esse mesmo regime constante da sua parte final, resultarem situações de inversão de posições relativas de funcionários das carreiras da Administração Pública.

III) Conclusões:

46.º

A solução legal contida no art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, aditada ao diploma pelo Decreto-Lei n.º 404-A/89, de 18 de Dezembro, foi concebida pelo legislador tendo em vista a correcção de distorções ao sistema remuneratório dos funcionários da Administração Pública originadas pela aplicação conjugada das regras dos n.º 1 e 2 do mesmo dispositivo legal, respeitantes à promoção à categoria superior dentro da mesma carreira.

47.º

Sendo certo que a aplicação da norma viria a revelar benefícios no sentido pretendido, a verdade é que a mesma norma – nalguns casos em virtude da aplicação da excepção da mesma constante, que exclui do respectivo âmbito de aplicação alguns funcionários mediante um critério de natureza estritamente temporal, noutros casos em virtude da aplicação do próprio regime que estabeleceu, sem condicionamentos – veio a desenvolver novas distorções ao sistema, originando novas situações de inversões de posições remuneratórias relativas de funcionários (ilustradas pelos exemplos acima dados),

sem que se vislumbre fundamento material bastante para a diferenciação de tratamento operada por via da sua aprovação.

48.º

Nessa medida, isto é, na medida em que da sua aplicação resultarem situações de inversão de posições relativas de funcionários da Administração Pública, a norma constante do art. 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, na sua versão actual, revela-se contrária ao princípio da igualdade na retribuição, ínsito no art. 59.º, n.º 1, alínea a), e 13.º da Lei Fundamental.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que declare, com força obrigatória geral

- a) a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, aditada a este diploma pelo artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, *na parte em que exclui do seu âmbito de aplicação os funcionários que tiverem mudado de escalão há menos de um ano*, quando conjugada com os Anexos ao referido Decreto-Lei n.º 404-A/98 e ao Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, que constituem partes integrantes dos respectivos diplomas, *na medida em que da sua aplicação resultarem situações de inversão de posições remuneratórias relativas de funcionários da Administração Pública*, por violação dos arts. 13.º e 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição;
- b) a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, aditada a este diploma pelo artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, quando conjugada com os Anexos ao referido Decreto-Lei n.º 404-A/98 e ao Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, que constituem partes integrantes dos respectivos diplomas, *na medida em que da sua aplicação resultarem situações de inversão de posições remuneratórias relativas de funcionários da Administração Pública*, por violação dos arts. 13.º e 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição.

Meritíssimo Conselheiro Presidente
do Tribunal Constitucional

R-0064/02

O Provedor de Justiça, no uso da competência prevista no artigo 281.º, n.º 2, alínea *d*), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer, ao Tribunal Constitucional, a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas conjugadas dos artigos 3.º, n.º 3, e 7.º, com o Anexo I e Mapa III do Anexo II, do Decreto-Lei n.º 413/99, de 15 de Outubro.

Entende o Provedor de Justiça violarem esses preceitos, na aplicação conjugada entre si e com os referidos Anexos que fazem parte integrante do citado diploma, as normas por sua vez constantes dos artigos 13.º e 59.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º

O Decreto-Lei n.º 231/92, de 21 de Outubro, veio regular as carreiras e categorias profissionais do pessoal dos serviços gerais dos estabelecimentos e serviços dependentes do Ministério da Saúde, aprovando os respectivos escalões e correspondentes índices, de acordo com a tabela constante do Anexo I ao mesmo diploma.

2.º

Determinou esse diploma que o pessoal já integrado nas carreiras dos referidos serviços – criadas pelo Decreto n.º 109/80, de 20 de Outubro, que aquele veio então revogar, e posteriormente integradas no novo sistema retributivo da função pública pelo Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro (cf. Anexo n.º 4 deste último diploma) – que viessem a ser mantidas pela nova legislação, ficaria com a mesma posição já anteriormente detida (cf. art. 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 231/92).

3.º

Mais tarde, o Decreto Regulamentar n.º 30-B/98, de 31 de Dezembro, com o objectivo de aplicar às carreiras e categorias em causa a revalorização prevista, pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, para as

carreiras e categorias dos correspondentes grupos de pessoal do regime geral (v. art. 17.º, n.º 2, deste último diploma), viria a aprovar nova estrutura salarial para o pessoal dos serviços gerais dos estabelecimentos e serviços dependentes do Ministério da Saúde, constante do respectivo Anexo, com produção de efeitos reportada a 1 de Janeiro de 1998 (cf. art. 5.º do Decreto Regulamentar citado).

4.º

O Decreto-Lei n.º 413/99, de 15 de Outubro, promoveu posteriormente uma revisão do regime das carreiras e categorias do referido pessoal, o que incluiu a aprovação de uma nova estrutura salarial, constante do respectivo Anexo I, com entrada em vigor faseada a partir de 1 de Junho de 1999 (cf. art. 10.º), de acordo com o esquema por sua vez constante do Anexo II ao diploma.

5.º

No âmbito da revisão do regime em apreço, foi criada, com efeitos a partir de 1 de Julho de 2000, uma nova categoria dentro da carreira de auxiliar de acção médica, a categoria de auxiliar de acção médica principal, convertendo assim o legislador essa carreira, até então horizontal, numa carreira vertical (cf. designadamente o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 413/99, na parte em que altera o art. 6.º do Decreto-Lei n.º 231/92, Anexo I, e Mapas II e III do Anexo II ao diploma).

6.º

Previu o legislador que os lugares de auxiliar de acção médica principal seriam providos, mediante concurso de acesso, de entre auxiliares de acção médica com, pelo menos, três anos de serviço efectivo e classificação não inferior a Bom (art. 6.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 231/92, na redacção que lhe foi dada pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 413/99).

7.º

Já no quadro das regras respeitantes à transição para a nova estrutura salarial, determinou o legislador que o pessoal provido na categoria de auxiliar de acção médica que em 30 de Junho de 2000 se encontrasse posicionado nos escalões 5, 6, 7 e 8 da respectiva escala indiciária, transitaria, em 1 de

Julho de 2000, respectivamente para os escalões 1, 2, 3 e 4 da nova categoria de auxiliar de acção médica principal (cf. art. 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 413/99).

8.º

Ao mesmo tempo, determinava o art. 7.º do mesmo diploma que o tempo prestado na categoria e escalão detidos antes da transição contaria como prestado na categoria e escalão de transição, desde que no desempenho efectivo das correspondentes funções.

9.º

A aplicação conjugada dos comandos vertidos nos arts. 3.º, n.º 3, e 7.º, do Decreto-Lei n.º 413/99, explicitados nos dois anteriores números deste requerimento, e do Anexo I e Mapa III do Anexo II ao diploma, na parte para aqui relevante, viria a produzir distorções no sistema remuneratório em apreciação, fazendo com que, em algumas situações, funcionários colocados na nova categoria de auxiliar de acção médica principal viessem a auferir remuneração superior à de funcionários com igual ou superior antiguidade na carreira de auxiliar de acção médica, mas que haviam sido, em data anterior a 1 de Julho de 2000, providos em lugares de chefia dentro daquela mesma carreira.

10.º

A título meramente ilustrativo, outros exemplos podendo facilmente ser gizados a este respeito, como atestam as queixas que originaram a presente iniciativa, veja-se o caso de dois funcionários, A e B, da carreira de auxiliar de acção médica, com igual antiguidade na carreira, colocados em 30 de Junho de 2000 no escalão 8 daquela carreira, ainda horizontal, com o índice 210 (vd. Mapa I do Anexo II ao Decreto-Lei n.º 413/99). Nesse mesmo dia, o funcionário A era provido num lugar de chefia, mais propriamente a de encarregado de sector, ficando colocado no 1.º escalão daquela categoria de chefia, a que correspondia, na mesma data, o índice 230 (cf. o mesmo mapa).

11.º

Por aplicação da já mencionada norma do art. 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 413/99, o acima referido funcionário B transitaria, no dia seguinte, 1 de

Julho de 2000, para o escalão 4 da nova categoria de auxiliar de acção médica principal, com o índice 215 (v. Mapa II do Anexo II ao diploma).

12.º

Quando, a partir de 1 de Dezembro de 2000, a categoria de auxiliar de acção médica principal viria a ter mais dois escalões e a progressão na mesma passaria a operar-se, nos termos do art. 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 413/99, por módulos de três anos, o referido funcionário B, que detinha pelo menos seis anos de antiguidade na carreira de auxiliar de acção médica, viria a ser colocado, por aplicação desta feita do disposto no art. 7.º do referido Decreto-Lei n.º 413/99 – que, recorda-se, permite que seja contado o tempo de serviço prestado na categoria e escalão anteriormente detidos à categoria e escalão de transição, desde que no desempenho efectivo das correspondentes funções –, no último escalão da categoria de auxiliar de acção médica principal, o escalão 6, com o índice 245 (cf. Mapa III do Anexo II ao Decreto-Lei n.º 413/99).

13.º

Assim sendo, e em 1 de Dezembro de 2000, o funcionário B passou a ser remunerado de acordo com o índice 245, ao passo que o acima referido funcionário A, com a mesma antiguidade na carreira, promovido, em data anterior a 1 de Julho de 2000, a um lugar de chefia dentro da mesma carreira, era remunerado, naquela mesma data, pelo índice 235 (v. Mapa III do Anexo II e Anexo I ao Decreto-Lei n.º 413/99).

14.º

Mesmo após a progressão para o 2.º escalão da categoria, em cargo de chefia, de encarregado de sector, o funcionário A continuará a ganhar menos que o funcionário B, só passando a ganhar mais do que este quando – e se – progredir para o 3.º escalão daquela categoria de chefia (cf. Anexo I ao Decreto-Lei n.º 413/99), volvidos seis anos sobre a data em que foi ultrapassado, em termos remuneratórios, pelo funcionário B.

15.º

Um caso real apresentado no âmbito da instrução do processo que deu origem ao presente requerimento é elucidativo dos efeitos da legislação que acima pretendem demonstrar-se.

16.º

Dois funcionários, *C e D, transitam, em 1 de Janeiro de 1995*, por progressão normal na carreira, *para o 8.º escalão da categoria de auxiliar de acção médica*, à data com o índice 200 (vd. Anexo I ao Decreto-Lei n.º 231/92).

17.º

Em 18 de Novembro de 1997, o funcionário C é nomeado encarregado de sector, após concurso interno geral de acesso, e colocado no escalão 1 da categoria, com o índice 220 (vd. o mesmo Anexo I ao Decreto-Lei n.º 231/92). Por aplicação das regras do Decreto-Lei n.º 413/99, é colocado, em 1 de Junho de 1999, no mesmo escalão 1 daquela categoria, que passou a ter o índice 230 (vd. Mapa I do Anexo II do diploma). Em 1 de Julho de 2000, é colocado no mesmo escalão 1 daquela categoria, desta feita, e de acordo com o Mapa II daquele Anexo, com o índice 235. Finalmente transita, por progressão normal na carreira, para o escalão 2 daquela categoria de encarregado de sector, com o *índice 240*, em *16 de Novembro de 2000*. Mantém esta posição remuneratória com a entrada em vigor da escala salarial incluída no Mapa III do Anexo II ao Decreto-Lei n.º 413/99.

18.º

Por seu turno, o funcionário D, que se manteve na categoria de auxiliar de acção médica, veio, por aplicação da regra do art. 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 413/99, a ser colocado, em 1 de Julho de 2000, no escalão 4 da nova categoria de auxiliar de acção médica principal, com o índice 215 (vd. Mapa II do Anexo II ao diploma). Por efeito da aplicação da acima referida regra contida no art. 7.º do mesmo Decreto-Lei n.º 413/99, veio este funcionário D a transitar, em 1 de Dezembro de 2000, para o escalão 5 daquela categoria, com o índice 230, e em *1 de Janeiro de 2001* para o escalão 6, já que perfazia, nesta data, seis anos (desde 1 de Janeiro de 1995) na categoria, ficando a auferir remuneração pelo *índice 245* (vd. Mapa III do Anexo II ao diploma).

19.º

No exemplo real acima dado, o funcionário D, com igual antiguidade na carreira que o funcionário C e não promovido a categoria de chefia, passa

a perceber, a partir de 1 de Janeiro de 2001, remuneração superior à recebida pelo funcionário C, que havia antes sido promovido a uma categoria de chefia. Tendo em atenção que este mesmo funcionário C só progrediria para o escalão 3 da categoria de encarregado de sector em 16 de Novembro de 2003, o funcionário D continuará a receber, até essa data, remuneração superior à daquele. Se este funcionário D for, até essa mesma data, nomeado à categoria de encarregado de sector, passará então definitivamente a auferir remuneração superior à do funcionário C, mantendo-se, neste caso, sempre à frente daquele em termos remuneratórios (a menos que C seja entretanto promovido à categoria de chefia superior).

20.º

Referiram-se acima exemplos em que os dois funcionários têm igual antiguidade na carreira, podendo no entanto acontecer que os funcionários A e C, providos, conforme os exemplos supra, em lugares de chefia, sejam mais antigos, nem que seja um dia apenas, na carreira que os funcionários B e D.

21.º

Assim sendo, a aplicação conjugada dos arts. 3.º, n.º 3, 7.º, Anexo I e Mapa III do Anexo II do Decreto-Lei n.º 413/99, veio permitir que funcionários da carreira de auxiliar de acção médica, providos, antes de 1 de Julho de 2000, em lugares de chefia dentro daquela carreira, logo numa categoria superior, viessem a receber remuneração inferior à de outros funcionários da mesma carreira, com menor ou igual antiguidade dentro desta, que permaneceram na categoria de auxiliar de acção médica principal, só porque foram os primeiros providos nos referidos lugares de chefia em data anterior à entrada em vigor de alterações com as quais pretendeu o legislador rever alguns aspectos designadamente da carreira em causa.

22.º

Sendo certo que um funcionário colocado em categoria superior não terá sempre necessariamente de receber remuneração superior à de um outro detentor da categoria inferior, bastando, por exemplo, que o funcionário promovido à categoria superior seja menos antigo na carreira que este último – as estruturas salariais da Administração Pública contam hoje em dia com índices

sobrepostos, podendo os funcionários nos últimos escalões da categoria inferior ganhar mais que os colocados nos primeiros escalões da categoria superior –, a verdade é que, nos casos em análise, os funcionários providos em lugares de chefia, designadamente na categoria de encarregado de sector, são mais antigos na carreira que os funcionários detentores da categoria de auxiliar de acção médica principal ou, pelo menos, detêm a mesma antiguidade que estes.

23.º

Ora, neste contexto, não parece consentâneo com o princípio da igualdade, na sua expressão genérica constante do art. 13.º da lei fundamental, e na manifestação mais específica decorrente do art. 59.º, n.º 1, alínea *a*), do texto constitucional, que o funcionário provido num lugar de chefia possa perceber, na situação particular descrita, remuneração inferior à remuneração de funcionários colocados em categorias que não podem deixar de considerar-se inferiores.

24.º

Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, a retribuição do trabalho a que se reporta o art. 59.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição, “*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)*” (in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª edição revista, 1993, Coimbra Editora, p. 319).

25.º

Não pode deixar de entender-se que as funções inerentes às categorias superiores e, no caso em apreciação, a uma categoria de chefia, implicarão um acrescido grau de responsabilidade e desempenho dos funcionários que as exercem – nos termos do art. 4.º, n.º 2, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 231/92, é criado um lugar de encarregado de serviço por cada 15 trabalhadores da respectiva área de actuação, sendo que o conteúdo funcional daquela categoria de chefia pressupõe a responsabilidade pelo eficiente desempenho das funções atribuídas aos trabalhadores do sector, e a coordenação dos mesmos (cf. Anexo II, ponto 10, do Decreto-Lei n.º 231/92).

26.º

Por outro lado, o provimento nos lugares, no caso em particular de que nos ocupamos, de encarregado de sector – através de provas de selecção, de entre profissionais com, pelo menos, 10 anos de serviço no respectivo sector e com classificação não inferior a Bom (cf. art. 6.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 231/92) – representará uma verdadeira promoção dentro da carreira, permitindo inclusivamente um posterior percurso de progressão nos diversos escalões da categoria e eventual provimento em lugares das categorias superiores de chefia dos serviços – encarregado de serviços gerais e chefe de serviços gerais (v. art. 6.º, n.ºs 5 e 6, do diploma).

27.º

Assim sendo, fácil se torna verificar que na situação em que dois funcionários têm idêntica antiguidade na carreira e um deles é provido a uma categoria superior, neste caso a um lugar de chefia dentro dessa carreira, este último deverá perceber remuneração pelo menos não inferior à do outro funcionário que, no caso em análise, se mantém na categoria de auxiliar de acção médica principal, logo na categoria inferior.

28.º

Mais impressiva será a situação em que aquele funcionário provido no lugar de chefia é mais antigo na carreira que o funcionário que se mantém na categoria de auxiliar de acção médica principal.

29.º

Acresce que nenhum critério objectivo ou razão constitucionalmente válida existe para a diferenciação de tratamento remuneratório em causa, resultando esta apenas das revisões legais do sistema remuneratório em apreço operadas por via da aprovação do Decreto-Lei n.º 413/99, e da aplicação de regras de transição decorrentes dessas alterações.

30.º

Aliás, podendo existir, no caso particular de que nos ocupamos, uma diferenciação, ela deveria ser no sentido de o referido funcionário A, provido

num lugar de chefia, e implicando as respectivas funções um grau mais elevado de responsabilidade e de desempenho, poder auferir de remuneração superior ao funcionário B, acima mencionado.

31.º

Ora, o que sucedeu foi precisamente o contrário, isto é, a aplicação conjugada dos arts. 3.º, n.º 3, 7.º, Anexo I e Mapa III do Anexo II do Decreto-Lei n.º 413/99, promoveu uma diferenciação remuneratória que beneficiou, sem motivo constitucionalmente atendível, o funcionário B, em violação patente do princípio da igualdade na retribuição, com expressão no art. 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição, e de forma mais geral no art. 13.º do texto constitucional.

32.º

É já significativa a jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a situações de inversão de posições remuneratórias nas carreiras da Administração Pública, de que são apenas exemplos os Acórdãos n.ºs 254/2000, 356/2001 e 405/2003.

33.º

Entendeu esse Tribunal, no âmbito dos referidos arestos, que o legislador, ao permitir que funcionários com maior antiguidade na categoria viessem a auferir remuneração inferior à de funcionários com menor antiguidade e habilitações idênticas, sem que para tal existisse fundamento constitucional relevante, violou o princípio da igualdade consubstanciado no art. 13.º e, de forma mais específica, no art. 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição.

34.º

Por exemplo, no Acórdão n.º 254/2000, a propósito da situação aí analisada, que se prendia com a circunstância de alguns funcionários promovidos antes de uma determinada data terem ficado prejudicados face aos que foram promovidos à mesma categoria após essa data, referiu o Tribunal Constitucional que a circunstância de, na data em causa, ter entrado em vigor um novo sistema retributivo, *“não constitui fundamento suficiente para discriminar funcionários que, por mérito, já haviam sido promovidos anteriormente.*

Com efeito, as expectativas de uns e de outros merecem igual tutela, sob pena de se promover o prejuízo daqueles que de forma presumivelmente mais adequada exercem a sua actividade profissional”.

35.º

Acrescenta-se no mesmo Acórdão, transcrevendo-se o texto do Acórdão n.º 409/99, que “*não pode encontrar-se fundamento racional para, por força da lei, uma diferença salarial, de que beneficiava funcionário colocado em categoria superior, ser convertida em diferença salarial que o coloca em plano salarial inferior ao de colegas seus com menor tempo de serviço na mesma categoria. Nessa medida, as normas pertinentes do regime de transição são inconstitucionais*”.

36.º

A situação objecto do presente requerimento não se reconduz exactamente ao tipo de situação analisado nos mencionados Acórdãos, na medida em que, pese embora a diferenciação opere relativamente a funcionários com a mesma antiguidade na carreira, estão os mesmos colocados em diferentes categorias, exercendo funções de natureza distinta.

37.º

Sucede que precisamente os funcionários, de entre aqueles com igual antiguidade na carreira, que auferem remuneração inferior, são os que foram promovidos à categoria superior.

38.º

O critério relevante na situação em apreciação no presente requerimento terá de ser, assim, o da antiguidade na carreira.

39.º

No caso em análise, justificar-se-ia provavelmente, como já ficou dito, uma diferenciação de tratamento entre funcionários com, pelo menos, igual antiguidade na carreira, colocados em categorias de chefia e nas categorias inferiores, no sentido de os primeiros puderem beneficiar de um estatuto remuneratório superior.

40.º

O que sucedeu – e não poderia ter sucedido – foi precisamente o contrário, isto é, os funcionários, de entre aqueles, que foram promovidos a lugares de chefia, vieram a ficar prejudicados, em termos remuneratórios, face a outros funcionários que, dentro da mesma carreira, permaneceram em categorias inferiores.

41.º

É nesta perspectiva que se entende que a aplicação conjugada das disposições constantes dos arts. 3.º, n.º 3, e 7.º, do Decreto-Lei n.º 413/99, do Anexo I e Mapa III do Anexo II a este diploma, ferem o princípio da igualdade na retribuição, ínsito no art. 59.º, n.º 1, alínea *a*), e 13.º da Lei Fundamental.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 3.º, n.º 3, e 7.º, do Decreto-Lei n.º 413/99, de 15 de Outubro, que, na sua aplicação conjugada, e também com o Anexo I e Mapa III do Anexo II ao mesmo diploma, que dele fazem parte integrante, violam os artigos 13.º e 59.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição da República Portuguesa.

B. Rejeição de queixas sobre inconstitucionalidade

R-4832/01

Assunto: Âmbito do art. 21.º, n.º 8 e 9, do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro.

Dando resposta à reclamação de V. Ex.^a, torna-se primeiramente necessário enunciar os quatro níveis que se distinguiram na mesma queixa e que foram sucessivamente analisados.

Assim, convém distinguir entre:

- a)* a razoabilidade da decisão da Câmara Municipal de Sintra em não aplicar ao caso concreto a solução dada pelo art. 21.º, n.º 8 ou 9, do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro;
- b)* a licitude constitucional de entendimento diverso poder ser ou ter mesmo sido aplicado a funcionários em condições análogas;
- c)* a licitude constitucional da norma, quando interpretada como o fez a autarquia em causa, isto é, como aplicável apenas às situações na mesma descritas;
- d)* a licitude constitucional da alteração do esquema de progressão, isto em termos de tutela das expectativas dos funcionários na carreira em causa.

No que toca à questão *a)*, parece de meridiana clareza que no âmbito das normas em causa não estão literalmente abrangidas outras categorias, muito menos de outras carreiras, que não as aí explicitadas.

A Câmara Municipal de Sintra, apoiando-se em Parecer da Ex-Comissão de Coordenação Regional de Lisboa e Vale do Tejo, considerou impossível a integração analógica, criando ou enunciando uma norma com idêntica estatuição mas abrangendo na previsão outras categorias, no caso de diversa carreira.



As normas em causa possuem uma natureza excepcional, estabelecendo um regime jurídico substantivamente diverso do regime geral previsto para a progressão nas carreiras verticais, como é sabido, prevendo este um período de 3 anos e mandando aquele abater a este período um ou dois anos.

Como bem afirma o parecer em apreço, as normas excepcionais não comportam interpretação analógica, assim não sendo de criticar, para já e nestes restritos termos, a decisão de não estender a outros funcionários que não os indicados pelas previsões respectivas as estatuições dos n.ºs 8 e 9 do art. 21.º.

O entendimento assumido pela DGAP a este respeito, traduzido em ofício que me foi remetido por V. Ex.^a, se invoca, bem, o art. 10.º do Código Civil, esquece-se da regra acima transcrita e que consta do art. 11.º do mesmo diploma.

Isto dito, e respondendo sucintamente à questão *b*), faço notar que não tem qualquer relevância a adopção de critério distinto numa outra situação, tão logo não seja arbitrariamente tomada e, mais evidentemente, por uma mesma entidade. Explicando de outro modo, para o sucesso da pretensão do vosso sócio ou de outro funcionário em situação semelhante, não basta provar que já em algum tempo certo órgão administrativo decidiu de outro modo, como que estabelecendo um precedente. Se alguma ilegalidade foi cometida, não é este facto que pode conduzir a que se aplique por igual a todos idêntico erro jurídico.

Esta prática administrativa talvez fosse interessante, isso sim, se se provasse que a mesma entidade, no caso a Câmara Municipal de Sintra, de modo errático aplicava a uns funcionários uma doutrina e a outros não. Ora, tal não vem alegado nem parece ter ocorrido. Muito pelo contrário, invocou-se a realização de uma reunião de coordenação jurídica, entre as várias CCR, a IGAT e a DGAL, em 10 de Fevereiro de 1999, na qual uniformemente se entendeu seguir a solução criticada por V. Ex.^a.

Passando agora para o cerne da questão, que é a alínea *c*), acima enunciada, reparo que defende esse Sindicato, como o interessado ou mesmo a DGAP, que o benefício previsto no n.º 8 ou no n.º 9 (frisando, aliás, que as estatuições são diversas, não se percebendo bem qual é a que deveria ser arvorada como regra) está intrinsecamente ligado a um requisito, qual seja não ter

resultado qualquer impulso salarial da aplicação das regras de transição estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98.

Ora, resta por provar, por um lado, que seja esse o intuito do legislador, expresso ainda que de forma imperfeita nos n.ºs 8 e 9 do art. 21.º, e, por outro lado, que seja obrigatória, em reestruturação de carreiras, tal impulso salarial.

A resposta a esta segunda questão parece-me óbvia. Não está o legislador vinculado a melhorar, sempre que reestruture uma carreira, as respectivas condições remuneratórias, isto nem numa perspectiva global, para todas as carreiras, como sectorial. Na apreciação do interesse público, é perfeitamente possível que se considere adequado revalorizar certas carreiras e não tocar nas condições estabelecidas para outras. O mérito da decisão pode ser discutido, mas não a sua validade constitucional.

Isto dito, não creio, de qualquer forma, que se possa considerar como plasmada no art. 21.º, n.º 8 e 9, a afirmação desse princípio de obrigatoriedade da valorização salarial mínima, o qual, não sendo vinculativo para o legislador, sempre poderia por este ter sido livre e voluntariamente assumido.

Na verdade, verificando as situações mencionadas no n.º 8, encontramos várias situações que desmentem esta pretensão. Assim, encontramos valorizações do índice salarial, de 5 a 20 pontos, nas seguintes situações:

Anterior categoria	Escalão	Índice	Nova categoria	Índice	Valorização
Técnico auxiliar principal	2	225	Técnico profissional principal	230	5
	3	235		240	5
	4	245		250	5
Técnico auxiliar de 1.ª classe	3	200	Técnico profissional de 1.ª classe	215	15
	4	210		215	5
Técnico auxiliar de 2.ª classe	2	170	Técnico profissional de 2.ª classe	190	20
	3	180		190	10
Primeiro-oficial	5	255	Assistente administrativo principal	260	5
Terceiro-oficial	2	170	Assistente administrativo	190	20
	3	180		190	10

Se olharmos agora para o n.º 9 do art. 21.º, verifica-se um impulso salarial nas seguintes situações, todas com um ganho de 5 pontos.

Anterior categoria	Escalão	Índice	Nova categoria	Índice
Operário semiqualeficado	6	170	Operário qualificado	175
	7	185		190
	8	200		205

Esta verificação permite considerar afastada a regra que daí se pretendia inferir. Ainda que assim não fosse, como referi acima, também não era possível defender que se trataria de regra ou princípio geral, a aplicar indistintamente a toda e qualquer situação funcional.

Repare V. Ex.^a que é o próprio Decreto-Lei n.º 404-A/98 que, noutro lugar, prevê e minora os efeitos de uma progressão nula ou escassa (abaixo de 10 pontos). Refiro-me ao art. 23.º, n.º 3, que, nessa circunstância, considera como relevante o tempo de permanência no índice primitivo.

A razão de ser para os n.ºs 8 e 9 do art. 21.º parece estar antes no facto de ter sido, nessas situações, bastante valorizada a remuneração do primeiro escalão, assim devendo premiar-se quem estava já em escalões mais avançados, plausivelmente com maior antiguidade na categoria.

Resta referir-me à questão *d*), ou seja, à tutela das expectativas decorrentes de o anterior esquema de progressão ser alegadamente mais favorável do que o instituído pelo diploma de 1998.

Ora, o art. 33.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98 protege as situações onde a tutela da confiança é mais exigente, ao estabelecer um regime especial para as primeiras e segundas progressões após a transição para a nova escala salarial, mandando que sejam pagos pelo índice da anterior escala, caso obviamente seja superior.

Não vejo, assim, quaisquer motivos para intervenção, em abstracto como em concreto, no que toca ao quadro de questões descrito.

Assunto: Prestações por morte – Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro.²⁵²

Solicitou V. Ex.^a a intervenção do Provedor de Justiça, através de uma exposição apresentada junto deste órgão de Estado, nos termos da qual se alega a inconstitucionalidade material de normas do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, por violação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição Portuguesa, designadamente ao não aplicar aos trabalhadores ferroviários o regime das prestações por morte, subsídio de cônjuge a cargo e reversão de pensões, naquele previsto.

Afirma V. Ex.^a, que, não se aplicando o regime geral de segurança social naquele diploma vertido aos regimes especiais vigentes nesta matéria relativamente aos trabalhadores ferroviários, estar-se-ia a violar o artigo 13.º da Lei Fundamental, porquanto, estabelecendo o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, a definição e regulamentação da “protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social” e excluindo o n.º 2 daquele mesmo preceito daquela eventualidade, nos termos definidos no mesmo diploma, apenas “os beneficiários da Caixa de Abono de Família dos Empregados Bancários”, deveria aquele regime ser também aplicado aos trabalhadores do sector ferroviário.

Há, de algum modo, alguma contradição entre estas duas causas de pedir, já que a procedência da segunda sempre importaria a impossibilidade de se verificar a primeira, redundando afinal esta questão na correcta aplicação da lei.

Uma vez analisada a vossa reclamação, concluo pela improcedência da pretensão formulada por V. Ex.^a, nos termos que se passam a expor.

No tocante a esta matéria, como será certamente do conhecimento de V. Ex.^a, cumpre desde já esclarecer que o regime de segurança social aplicado aos trabalhadores ferroviários nem sempre foi uniformemente assumido ao longo do tempo.

²⁵² Ver R-3479/03 (Área 3)

Na verdade, até à publicação do Decreto-Lei n.º 40 262, de 29 de Julho de 1955, a organização da previdência do pessoal ferroviário encontrava-se dispersa por várias instituições, regidas por diversos regulamentos, dos quais constitui actualmente exemplo paradigmático o Regulamento da Caixa de Pensões de Reforma, datado de 1 de Janeiro de 1927.

Com a entrada em vigor daquele diploma legal, vieram os trabalhadores que tivessem iniciado a sua actividade após 1 de Julho de 1955 a estar integrados no regime geral de previdência, aplicável à generalidade dos trabalhadores por conta de outrem, através da sua inscrição na então criada Caixa de Previdência dos Ferroviários, que mais tarde veio a ser integrada, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 103/70, de 14 de Março, na Caixa Nacional de Pensões, à qual sucedeu o Centro Nacional de Pensões.

Na verdade, de acordo com o disposto nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 103/70, de 14 de Março, terão sido “integrados na Caixa Nacional de Pensões, para efeitos de protecção na invalidez, velhice e morte (...) trabalhadores inscritos directamente na Caixa de Previdência dos Ferroviários”, nas condições definidas no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 40 262, de 29 de Julho de 1955, os trabalhadores “inscritos na Caixa de Previdência do Pessoal da Companhia dos Caminhos de Ferro do Norte de Portugal”, admitidos naquela Caixa após 15 de Outubro de 1938 e os “inscritos na Caixa Privativa do Pessoal das Oficinas e na Caixa de Invalidez do Pessoal Contratado da CP”, o mesmo acontecendo relativamente ao pessoal admitido ao serviço da Sociedade Estoril, a partir de 1 de Julho de 1955.

Por esta razão, entender-se-á ser de toda a conveniência, na apreciação a fazer da exposição subscrita por V. Ex.^a, que se proceda à distinção entre a situação em que se encontram os trabalhadores ferroviários, beneficiários do regime especial de previdência vertido no Regulamento da Caixa de Pensões de Reforma de 1927, da situação em que actualmente se encontram os trabalhadores admitidos na empresa após Julho de 1955, abrangidos que estão pelo regime geral, regime este que agora é reclamado também por V. Ex.^a.

Não se colocando a questão suscitada por V. Ex.^a relativamente à situação destes últimos, resta apurar da licitude da solução reclamada, uma vez que, de acordo com a redacção dada ao artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 103/70, de 14 de Março, apenas relativamente aos primeiros continuarão a ser actualmente concedidos benefícios de invalidez, velhice e morte, nos

termos previstos naqueles regulamentos, designadamente no diploma datado de 1927.

Entende V. Ex.^a que, atenta a redacção dada ao artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, apenas se exclui da inclusão no regime geral da Segurança Social vigente naquela matéria a situação dos beneficiários da Caixa de Abono de Família dos Empregados Bancários.

Sendo certo que resulta da simples leitura do n.º 2 do preceito legal citado o facto de o regime de protecção na eventualidade da morte, nos termos definidos naquele diploma, não ser aplicável àquela classe de sujeitos, não menos certo será afirmar que a norma delimitadora em questão não pode, em caso algum, vir a ser interpretada como reconhecendo, para determinados efeitos e classes de sujeitos, a integração naquele regime dos ferroviários em questão.

Isto resulta claramente da redacção dada ao n.º 1 do preceito sub iudice, nos termos do qual, o Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro “define e regulamenta a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social”, devendo ser apenas a este nível, nos termos já anteriormente delimitados, que a questão se deve colocar e nunca, relativamente aos beneficiários dos ditos regimes fechados, nos quais se incluem os trabalhadores ferroviários admitidos nos Caminhos de Ferro Portugueses, em data anterior a 1 de Janeiro de 1955.

Nem tão pouco se poderá vir a invocar para o efeito a redacção dada ao n.º 2 daquele preceito, uma vez que, considerando a previsão constante do seu n.º 1, a delimitação negativa do âmbito pessoal de aplicação do regime em análise não permite concluir ter sido intenção do legislador promover através desta forma bastante tácita a integração no regime geral aí em análise dos regimes ditos fechados ou especiais de previdência, ainda vigentes.

De facto, concordará V. Ex.^a que, atendendo aos factores históricos atrás mais bem enunciados a propósito da protecção social dos trabalhadores ferroviários, entendendo-se estarem, desde 1 de Julho de 1955 e, em termos absolutamente irrefutáveis, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 103/70, de 14 de Março, perfeitamente delimitadas e consolidadas no ordenamento jurídico nacional as situações de aplicação àqueles do regime especial de previdência, paradigmaticamente vertido no regulamento de 1927, já aqui invocado, se entenderá por demais evidente a não aplicação aos restantes trabalhadores ferroviários do regime geral reclamado.

De facto, partindo a tarefa interpretativa de qualquer comando normativo da letra da lei, na qual deverá encontrar o mínimo de correspondência, deverá o intérprete tomar em consideração todos os demais elementos cognitivos a esta associados, com o objectivo de assim reconstituir o pensamento legislativo, tendo em vista garantir a unidade do sistema jurídico onde a norma interpretada necessariamente se insere, na tentativa de assim propugnar pela busca de soluções o mais coerentes e justas possíveis, razão pela qual, na interpretação do regime vertido no Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, se deverá partir de determinados pressupostos, relativos ao sistema onde aquele se insere, um dos quais respeitante à cisão de regimes ainda hoje existente e legalmente reconhecida.

Alega V. Ex.^a que, a ser deste modo, estar-se-á a violar o princípio da igualdade, nos moldes em que o mesmo surge consagrado no artigo 13.º da Constituição Portuguesa.

Relativamente a esta matéria, determina o comando constitucional acima citado, que o princípio da igualdade seja visto sob a perspectiva de uma igualdade material, em detrimento de um juízo de igualdade formalmente traçado (cfr. Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Vol. IV., pgs. 226-227; Canotilho, Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3.^a edição, pg. 400).

Em bom rigor, o princípio da igualdade vertido no artigo 13.º da Constituição Portuguesa, deve ser interpretado em termos substantivos, traduzido na afirmação de que “aquilo que é igual deve ser tratado igualmente e aquilo que é desigual deve ser tratado desigualmente”.

Impõe-se assim que seja dado tratamento desigual em situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais, ou seja, impostas pela desigualdade das circunstâncias ou pela natureza das coisas, violando-se este comando quando a solução dada pelo legislador surja como arbitrária ao tratar igualmente o que é desigual ou, tratando desigualmente o que é igual (cfr. Miranda, Jorge, loc. cit., pg. 226-228; Canotilho, Gomes, loc. cit.).

Quer isto dizer que, conforme V. Ex.^a reconhece, o princípio entendido nos termos que antecedem não veda à lei a realização de distinções, antes proíbe que se estabeleçam diferenciações discriminatórias, consubstanciadas em desigualdades de tratamento materialmente infundadas, nomeadamente sem fundamento razoável ou justificação objectiva e racional.

Não se mostra assim defensável a posição adoptada por V. Ex.^a, porquanto a situação em que os beneficiários do regime especial de previdência em causa se encontram se afigura material e objectivamente distinta da situação em que se encontram os beneficiários do regime geral de segurança social, dotado aquele de características próprias, também ao nível das prestações na eventualidade morte, que o diferenciam deste último, em diversidade objectiva e racionalmente justificada, desde logo pela própria História.

Se todos têm direito à segurança social, em condições de igualdade, isso não significa que o modo concreto como esse direito é reflectido, nas vantagens concedidas a cada beneficiário, seja ou deva ser igual. De imediato, aí temos uma panóplia de regimes especiais, inclusivamente com a separação entre regimes públicos e privados.

No caso de V. Ex.^a, as vicissitudes históricas e a diferenciação temporal, no que à tutela da confiança diz respeito, permitem considerar como justificada a existência do regime especial, naturalmente fechado, de que beneficiam.

Friso que era a própria existência do regime fechado que devia ser considerada em crise pela vossa reclamação.

É que não seria lícito manter as vantagens comparativas de que porventura beneficiassem os abrangidos no âmbito do regime especial, alargando-o só àquilo que no regime geral é mais favorável.

Na verdade, o regime criado ao abrigo do Regulamento das Caixas de Previdência de Pensões de Reforma, de 1 de Janeiro de 1927, encerra em si mesmo uma série de vantagens que não encontram paralelo no regime geral agora reclamado, com base nas quais não podem ser os dois objecto da simples comparação, nos termos reclamados por V. Ex.^a.

Por outro lado, constata-se haver também diferenças significativas ao nível da passagem à situação de reforma, uma vez que, de acordo com o previsto no artigo 5.º do mesmo Regulamento, a mesma aconteceria relativamente a todos os ferroviários que tivessem cinquenta e cinco de anos de idade e trinta anos de inscrição.

Mais cumpre precisar que, ainda de acordo com o disposto o artigo 13.º do documento em análise, os vencimentos de referência para o cálculo da pensão são a média dos vencimentos auferidos nos três últimos anos de serviço que precederam a data da reforma, num mecanismo em tudo diverso do vigente

para os beneficiários do regime geral da segurança social, em geral mais vantajoso para os beneficiários do regime fechado agora em análise e aproximando-se do anteriormente estatuído (mas ainda praticado para quem se tenha inscrito na Caixa Geral de Aposentações até 1993) no funcionalismo público.

Não resulta assim ser constitucionalmente censurável a não aplicação aos ferroviários, beneficiários do regime especial vertido no Regulamento de 1927, dos benefícios previstos ao nível do regime geral, uma vez que ao não aplicar àqueles o regime vertido na letra do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, não veio o legislador a adoptar qualquer solução manifestamente desproporcionada ou inadequada, destituída de qualquer racionalidade e razoabilidade.

Razoabilidade essa que deixaria de existir, ao pretender-se acumular apenas as vantagens inerentes a cada um dos regimes de previdência em presença, em moldes manifestamente desproporcionados.

Nestes termos, atendendo ao exposto, entendo não caber ao Provedor de Justiça a adopção de qualquer tipo de procedimento, razão pela qual dou assim por encerrada a apreciação da problemática em apreço.

R-1313/03

Assessor: Genoveva Lagido

Assunto: Arts. 9.º e 29.º da Norma Regulamentar n.º 17/94, de 6 de Dezembro, do ISP.

Apresentou V. Ex.^a uma exposição neste órgão de Estado, na sequência de posição assumida por várias empresas seguradoras no que tangia à remuneração dos seus mediadores, invocando vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade que afectariam as normas contidas nos arts. 9.º e 29.º da Norma Regulamentar n.º 17/1994, de 6 de Dezembro, emitida pelo Instituto de Seguros de Portugal (adiante NR 17/94 e ISP, respectivamente).

Estando em causa a modificação das percentagens de comissão no momento de vencimento dos contratos de seguro anteriormente já celebrados,

o primeiro artigo citado estabelece, no seu n.º 2, supletivamente à vontade das partes, que as alterações às tabelas de comissões de mediação e de cobrança “só produzem efeitos a partir da data de vencimento do contrato”.

Quanto ao art. 29.º, em sede de disposições finais e transitórias, esclarece-se que, nos contratos em vigor à data da emissão da NR 17/94, os montantes das respectivas comissões só poderiam ser alterados na sua data de renovação ou de vencimento, consoante qual fosse a primeiramente atingida.

Devo frisar, primeiramente, que não me cabe a discussão da licitude, em si mesma, da actuação das empresas seguradoras em questão, muito menos em relação aos casos concretos existentes.

Na verdade, não parecendo sequer útil ou ajustado distinguir entre empresas seguradoras, consoante tenham na sua estrutura accionista participação mais ou menos relevante, directa ou indirecta, por parte do Estado ou outras pessoas colectivas públicas, a bondade da quantificação contratual das comissões em causa radica num conflito sobre um contrato concreto e o conflito a respeito do mesmo gerado, só adequadamente dirimível pela via judicial, na ausência de acordo.

Convém assim sublinhar que a apreciação que adiante farei é tão somente dirigida à actuação regulamentar da entidade pública a cargo da qual está a supervisão do sector segurador, aliás sendo esse mesmo o alvo das críticas de V. Ex.^a.

Ora, quanto à actuação do ISP, supondo desde logo que não lhe caberia positivamente a adopção de nenhuma norma que fosse exigível (assim não sendo uma omissão que aqui está em causa), não vejo motivos para considerar a norma do art. 9.º, n.º 2, da NR 17/94 como sendo o fundamento jurídico que possa tornar, por si só, lícita ou ilícita a conduta das empresas seguradoras em questão, admitindo, é claro, o respeito desta por aquela.

Não vendo utilidade, dez anos volvidos, na discussão da norma transitória do art. 29.º, cujos efeitos certamente já se esgotaram, coloque-se o foco no art. 9.º, n.º 2, em solução que, aliás, não é dissemelhante.

Do ponto de vista da supervisão da actividade seguradora, e supondo que não existe acordo entre seguradora e mediador em contrário, a norma em causa previne, na sua literalidade, a possibilidade de os efeitos da modificação da tabela prevista no respectivo n.º 1 poderem surtir antes do momento

de vencimento do contrato (não há também que curar quanto aos contratos novos).

Há, aqui, claramente uma limitação da liberdade da seguradora, sendo nesse sentido que, repito, a letra da norma contestada visa primariamente.

Retira V. Ex.^a, contudo, da mesma norma um outro comando, qual seja o de autorizar a empresa seguradora a unilateralmente modificar a tabela de comissões, permitindo a sua produção de efeitos no próximo vencimento que venha a ocorrer do contrato.

Entende V. Ex.^a que esta possibilidade, que inculca a esta norma, violaria os “(...) princípios da igualdade, segurança jurídica, justiça e boa fé, bem como os princípios da reserva do poder judicial e da separação de poderes, previstos nos arts. 2.º, 13.º, 266.º, n.º 2, e 202.º da Constituição da República Portuguesa”.

No que respeita à ilegalidade da referida norma, invoca V. Ex.^a que as citadas normas regulamentares extravasariam o que resultaria da lei a este propósito, “permitindo às seguradoras que estas fizessem aplicar as novas tabelas a todos os contratos (...) de forma retroactiva”.

Lembro que ao Provedor de Justiça está aberta a via da fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, sendo a da legalidade limitada aos casos, restritos, que são da competência do Tribunal Constitucional (cfr. art. 281.º, n.º 1, da Constituição). Quaisquer outras ilegalidades, sindicáveis judicialmente, estão fora do poder de iniciativa do Provedor de Justiça, aqui apenas podendo caber a utilização do poder de recomendação, neste caso de revogação ou modificação.

Ora, mesmo supondo o bom fundamento da posição que defende essa associação, é possível interpretar a norma impugnada no sentido garantístico, acima mencionado, nada mais permitindo do que o que possa decorrer do ordenamento jurídico pertinente. Assim sendo, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade ficaria comprometida por via do princípio da interpretação conforme à Constituição, devendo preferir-se a leitura que, salvaguardando a norma, se compagine com o respeito das regras e princípios da Lei Fundamental.

Pela mesma razão, está também afastada a hipótese de recomendação para revogação de uma norma que leio como garante, no quadro da supervisão da actividade, dos mediadores. Na verdade, é o ISP que se assume, assim, como defensor dos interesses destes caso alguma pretensão ocorresse de modificação extemporânea do valor das comissões devidas.

Não é, assim, ao ISP e aos seus normativos que deverão aqueles que se considerarem lesados recorrer ou contestar. Caso entendam ter sido violada, em concreto, qualquer adstrição contratual, como em qualquer situação de incumprimento contratual entre particulares, é aos tribunais que está reservada a composição do litígio, determinando o Direito no caso concreto.

Não é ao Provedor de Justiça que compete, tratando-se da relação contratual em causa, determinar se, em concreto, é ou não admissível certo comportamento da seguradora A ou B em relação ao seus mediadores.

Sem querer entrar na discussão dessa questão, noto todavia que na interpretação do que seja ou não lícito estabelecer de novo no vencimento anual do contrato, há que atentar que a comissão de mediação ou cobrança visa remunerar, não qualquer actividade passada, como seria, v. g., a angariação, mas sim o recebimento de valores, no segundo caso, e o verdadeiro interface comunicacional que se estabelece entre o tomador do seguro e a seguradora, através do mediador.

Demonstra aliás a realidade que as condições contratuais nos seguros, em particular no ramo Não Vida, sofrem alterações significativas no momento do seu vencimento anual, pressupondo-se, nos termos previstos, a sua continuidade caso intenção contrária não seja manifestada. Tais alterações, naturalmente, só se repercutem no período contratual seguinte, que ora se iniciará. Não vejo, *em abstracto*, motivos para considerar essencialmente vedada qualquer modificação na relação entre seguradora e mediador, fazendo apelo aos princípios invocados por V. Ex.^a, que não determinassem idêntica conclusão na relação entre aquela e o segurado.

Em suma, recusando-me a invadir a esfera de competência dos tribunais, abordando realidades contratuais concretas que não conheço e que aliás não me foram dadas a conhecer, respondo ao pedido de intervenção formulado por V. Ex.^a, no que ao ISP diz respeito, negativamente, por entender ser a norma impugnada apenas decisiva para melhor protecção dos interesses dos mediadores, não resultando da mesma qualquer faculdade autónoma para as empresas seguradoras de modificarem o que a lei e as condições contratuais em concreto estabelecerem.

Assunto: Leis n.º 10/2003 e 11/2003, de 13 de Maio.

1. Reporto-me à comunicação de V.^{as} Ex.^{as} a propósito do assunto acima identificado, que deu origem ao processo também supra mencionado.

Essencialmente referem V.^{as} Ex.^{as}, naquele documento, que a aprovação dos regimes de criação e os quadro de atribuições e competências das áreas metropolitanas e das comunidades intermunicipais e associações de municípios de fins específicos, respectivamente pelas Leis n.ºs 10/2003 e 11/2003, ambas de 13 de Maio, traduzir-se-á, na prática, na instituição de verdadeiras regiões administrativas, rejeitada pelos portugueses em sede de referendo nacional. Importa averiguar se assim será.

2. As entidades criadas pela legislação em referência, independentemente das diferentes designações e formas de organização adoptadas são, todas elas, associações de municípios. Assim sendo, foram todas elas criadas, pelo legislador, com apoio no art. 253.º da Constituição da República Portuguesa, onde se estabelece que “*os municípios podem constituir associações e federações para a administração de interesses comuns, às quais a lei pode conferir atribuições e competências próprias*”. A possibilidade de atribuição de competências próprias às entidades em causa, a par da eventual transferência de atribuições por parte da Administração Central e dos municípios, foi concretizada, pelo legislador, designadamente nos arts. 6.º da Lei n.º 10/2003, e 5.º da Lei n.º 11/2003.

Assim sendo, não estamos, com a aprovação desta legislação, perante a criação de novas categorias de autarquias locais, taxativamente elencadas no art. 236.º, n.º 1, da Constituição, nem sequer perante a instituição, na prática, das regiões administrativas a que se refere esse mesmo preceito constitucional, mas antes perante a regulamentação, prevista no citado art. 253.º da Lei Fundamental, da possibilidade de constituição, por autarquias já existentes, no caso os municípios, de estruturas associativas entre si.

Diga-se que, com a aprovação da Lei n.º 10/2003, o legislador revogará, findo o prazo previsto no art. 39.º do diploma, o regime da Lei n.º 44/91, de 2 de Agosto, que estabelece, desta feita ao abrigo do disposto no

art. 236.º, n.º 3, da Constituição – onde se pode ler que “*nas grandes áreas urbanas (...), a lei poderá estabelecer, de acordo com as suas condições específicas, outras formas de organização territorial autárquica*” – as Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto.

Reparem V.^{as} Ex.^{as} que a aprovação da Lei n.º 10/2003 não traduz, como poderia parecer à primeira vista, um alargamento do regime estabelecido na Lei n.º 44/91 a outras áreas urbanas do país. O legislador estabelece expressamente, no art. 2.º da Lei n.º 10/2003 – deslocando do art. 236.º, n.º 3, para o art. 253.º, da Lei Fundamental, a credencial constitucional legitimadora – que as áreas metropolitanas são pessoas colectivas públicas de natureza associativa e de âmbito territorial, que visam a prossecução de interesses comuns aos municípios que as integram, dependendo a criação destas entidades, ou a integração nas mesmas, única e exclusivamente da vontade dos municípios, naturalmente preenchidas as condições territoriais e demográficas a que se reporta o art. 3.º da Lei n.º 10/2003. E manda o mesmo legislador que as Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto se adaptem, no referido período fixado no art. 39.º do diploma, a esse novo regime.

3. Deste modo, a criação de áreas metropolitanas, bem como, ao abrigo do regime da Lei n.º 11/2003, de comunidades intermunicipais e de associações de municípios de fins específicos, está dependente, preenchidos os requisitos definidos na lei para cada tipo de entidade, única e exclusivamente da vontade dos municípios.

Nos termos da lei, a instituição das áreas metropolitanas depende do voto favorável das assembleias municipais, sob proposta das respectivas câmaras municipais (cf. art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 10/2003), sendo que a promoção das diligências necessárias à constituição da comunidade ou da associação competirá às câmaras municipais dos municípios interessados, dependendo a eficácia das suas deliberações de aprovação pelas assembleias municipais respectivas (cf. art. 2.º, n.º 3, da Lei n.º 11/2003).

Assim sendo, embora o legislador permita que os municípios se associem, nas formas previstas na lei, para os efeitos aí consignados, não estão os municípios obrigados a fazê-lo, podendo inclusivamente não vir a fazê-lo nunca, sem que a eventual inexistência de entidades associativas daquele tipo contenda com a estrutura territorial autárquica do Estado.

Acresce que a lei não determina quais os municípios que podem associar-se entre si, estabelecendo apenas, conforme já sublinhado, os requisitos que devem ser preenchidos por qualquer município que pretenda fazê-lo.

O mesmo não se passaria naturalmente caso viessem a ser instituídas efectivamente as regiões administrativas a que alude a Constituição – e também não se passa com as Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto criadas pela Lei n.º 44/91, que determina igualmente quais os municípios integrantes de cada uma delas.

Sendo as regiões administrativas uma das categorias de autarquias locais que compõem a organização territorial autárquica, e sendo, no caso de virem a ser instituídas de facto, autarquias locais de grau superior face aos municípios e às freguesias, não só a sua instituição em concreto seria obrigatória em todo o território continental (embora possa essa instituição concreta não ocorrer simultaneamente), não sendo possível a sua existência apenas em determinadas áreas do continente, como a definição da composição de cada região será, logo à partida, necessariamente estabelecida pelo legislador – v. Lei n.º 19/98, de 28 de Abril –, não obstante eventuais ajustamentos posteriores, precisamente para obviar a que municípios do território continental fiquem de fora da estrutura regional.

Da mesma forma, a possibilidade, preenchidos certos requisitos, de abandono, pelos municípios, das entidades criadas pelas Leis n.ºs 10 e 11/2003²⁵³, e a possibilidade de extinção das mesmas²⁵⁴, seriam naturalmente impraticáveis, pelos motivos acima referidos, no âmbito do regime gizado pelo legislador para as regiões administrativas.

Conclui-se, assim, antes de mais, que enquanto as regiões administrativas são verdadeiras autarquias locais, implicando a sua instituição em concreto a modificação da organização territorial autárquica actualmente em vigor, as áreas metropolitanas, comunidades intermunicipais e associações de municípios de fins específicos são estruturas associativas de autarquias locais já instituídas em concreto, os municípios, tendo em vista a prossecução, com “ganhos de eficiência, eficácia e economia”, e só verificada esta circunstância²⁵⁵ de tare-

²⁵³ Cf. arts. 5.º da Lei n.º 10/2003, e 3.º da Lei n.º 11/2003.

²⁵⁴ Cf. arts. 33.º e segs. da Lei n.º 10/2003, e 38.º e segs. da Lei n.º 11/2003.

²⁵⁵ Cf. arts. 6.º, n.º 6, da Lei n.º 10/2003, e 5.º, n.º 6, da Lei n.º 11/2003.

fas que, contendo-se dentro das respectivas atribuições, visam a prossecução de interesses comuns aos municípios.

Dir-se-á que enquanto a instituição, em concreto, das regiões administrativas, representaria a assunção, pelo Estado, de um novo modelo de descentralização, a constituição de estruturas associativas de municípios traduzirá um aprofundamento do modelo de descentralização neste momento em vigor.

4. Outros aspectos da matéria regulamentada pelas Leis n.ºs 10 e 11/2003 afastam as entidades pelas mesmas criadas da figura da região administrativa.

Assim, e desde logo, podem as regiões administrativas beneficiar da atribuição do produto de eventuais impostos regionais – v. designadamente art. 38.º, alínea *a*), da lei-quadro das regiões administrativas, Lei n.º 56/91, de 13 de Agosto –, o que não sucede com as referidas entidades.

Por outro lado, pelo menos uma parte dos órgãos das regiões administrativas é eleita directamente pelas populações respectivas, assumindo aí, aquela figura, um dos conteúdos essenciais do conceito de autarquia local, qual seja o da existência de órgãos representativos das populações respectivas, expresso no art. 235.º, n.º 2, do texto constitucional. Diga-se, no entanto, que mesmo que uma evolução legislativa futura permitisse a eleição directa de alguns dos órgãos das entidades associativas de que nos ocupamos, nem mesmo assim seria viável a instituição em concreto, por via das referidas entidades, das regiões administrativas, pelas razões que ficam acima expostas.

No domínio das atribuições, convém sublinhar que, sendo as regiões administrativas autarquias locais de grau superior designadamente face aos municípios, caber-lhes-á, nos termos da Constituição (cf. art. 257.º), a direcção de serviços públicos e tarefas de coordenação e apoio à acção dos municípios.

A propósito do sentido desta última expressão, e após referirem que as regiões administrativas assumirão provavelmente as actuais atribuições dos distritos, adiantam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁵⁶, que aquela *“fórmula constitucional aponta para o princípio da subsidiariedade das funções das regiões administrativas em relação aos municípios. Essa coordenação só*

²⁵⁶ “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª edição revista, 1993, p. 913.

poderá ter lugar, indirectamente, por via normativa, já que os regulamentos regionais se impõem aos regulamentos municipais (...), embora não possam incidir sobre a organização e competência dos municípios”.

O certo é que, independentemente das competências materiais que venham as ser atribuídas ou transferidas para as áreas metropolitanas, comunidades intermunicipais e associações de municípios de fins específicos ²⁵⁷ – que apenas visam associar autarquias locais do mesmo nível, para a prossecução de interesses que lhes são comuns –, nunca aquelas entidades estarão, na perspectiva apontada, aptas a assumir o papel que cabe, nos termos da Constituição, às regiões administrativas.

5. Por tudo o que acima fica exposto, entendo como inviável a adopção de qualquer medida quanto à legislação em referência, designadamente no sentido pretendido por V.^{as} Ex.^{as}. Naturalmente que aqui nada me importou quanto ao mérito da solução legislativa, que deixo ao debate político livre e, em última análise, à avaliação do eleitorado.

R-108/04

Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro. Posições remuneratórias relativas.

Reporto-me à exposição de V. Ex.^a, a propósito do assunto em referência, relativamente à qual cumpre esclarecer o que segue.

O Tribunal Constitucional, a maior parte das vezes na sequência de requerimentos apresentados pelo Provedor de Justiça – ao abrigo de poderes de iniciativa no âmbito da fiscalização abstracta da constitucionalidade –, mas também em sede de fiscalização concreta, tem vindo a pronunciar-se no sentido da inconstitucionalidade de um conjunto de normas legais, na medida em

²⁵⁷ Em matéria regulamentar, às referidas entidades só estará cometida a tarefa que envolve a aprovação de regulamentos de organização e funcionamento internos. V. arts. 16.º, alínea g), da Lei n.º 10/2003, e 11.º, alínea f), da Lei n.º 11/2003.

que da sua aplicação resultarem situações de inversão de posições remuneratórias relativas de funcionários da Administração Pública.

Não vindo referidos, na queixa que deu origem ao presente processo, os percursos profissionais de V. Ex.^a e do funcionário aí mencionado, designadamente até ao provimento na categoria de chefe de secção, apenas diria que, em abstracto, a situação na mesma apresentada não parece enquadrar-se no tipo de situação que fundamenta, seja a argumentação do Tribunal Constitucional, nos diversos acórdãos em que decidiu declarar a inconstitucionalidade da lei (por exemplo, no acórdão referido na exposição de V. Ex.^a), seja a argumentação do Provedor de Justiça, de resto com aquela coincidente, nos requerimentos que tem vindo a apresentar ao Tribunal Constitucional, no âmbito da matéria em análise.

Na verdade, a apreciação da matéria, pelo Tribunal Constitucional, nos arestos em referência, é sempre feita no pressuposto da identidade dos percursos profissionais dos funcionários com situações remuneratórias objecto de tratamento diferenciado, tendo em vista a verificação de uma eventual violação do princípio da igualdade, com expressão específica, no âmbito das relações laborais, no art. 59.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição da República Portuguesa.

Ora, apesar de, conforme já dito, não serem explicitados, na queixa, os percursos profissionais dos dois funcionários cuja situação se pretende comparar, a identidade acima mencionada parece não se verificar no caso.

De facto, decorre implicitamente da exposição apresentada a circunstância de ter sido V. Ex.^a promovida a chefe de secção a partir da categoria de assistente administrativo especialista, sendo que o colega de V. Ex.^a terá sido provido, naquela categoria superior, a partir da categoria de tesoureiro.

Nos termos da lei (cf. art. 7.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro), o recrutamento para a categoria de chefe de secção faz-se de entre assistentes administrativos especialistas e tesoureiros, com classificação de serviço não inferior a bom. Por seu turno, a cada uma daquelas categorias correspondem, não só regras de recrutamento próprias, constantes respectivamente dos arts. 8.º e 9.º do mesmo diploma, como escalas salariais distintas (v. Anexo ao decreto-lei mencionado).

Assim sendo, os funcionários recrutados para a categoria de chefe de secção tanto podem vir da categoria de assistente administrativo especialista, como da categoria de tesoureiro. Repare V. Ex.^a que a situação de um funcionário que é primeiramente provido na categoria de tesoureiro e posteriormente

na de chefe de secção, isto é, que é opositor a dois concursos distintos antes de ser promovido à categoria superior, não é idêntica à de um outro que é provido naquela última categoria, vindo directamente da categoria de assistente administrativo especialista.

Em última análise, poderá considerar-se válida a opção do legislador de, no provimento à categoria superior, valorar de forma diferente a aquisição de conhecimentos e saber específicos que a passagem pela categoria de tesoureiro poderá propiciar.

Conforme se pode ler no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 254/2000 (publicado no Diário da República, I Série-A, de 23 de Maio de 2000), “o Tribunal Constitucional tem considerado que o princípio da igualdade impõe que situações da mesma categoria essencial sejam tratadas da mesma maneira e que situações pertencentes a categorias essencialmente diferentes tenham tratamento também diferente. Admitem-se, por conseguinte, diferenciações de tratamento, desde que fundamentadas à luz dos próprios critérios axiológicos constitucionais. A igualdade só proíbe discriminações quando estas se afiguram destituídas de fundamento racional”.

Da mesma forma, é dito num outro Acórdão daquele Tribunal – n.º 455/2002, publicado no Diário da República, II Série, de 3 de Janeiro de 2003 –, recorrendo-se a anterior jurisprudência, que “este Tribunal Constitucional vem perfêlhando a interpretação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio. (...) O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja: proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais (...)”.

A desigualdade da situação remuneratória invocada por V. Ex.^a na queixa poderá ter suporte legal na circunstância de corresponderem os estatutos remuneratórios em causa a situações profissionais distintas, decorrentes de um percurso profissional diferente dos funcionários em causa.

Repare-se que a colocação do funcionário a que se refere V. Ex.^a na queixa num escalão da categoria de chefe de secção superior ao escalão em que V. Ex.^a se encontra – ao abrigo das regras gerais da promoção, constantes do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, aplicáveis a todos os funcionários –, decorre do facto de a escala indiciária da categoria de tesou-

reio ser distinta da de assistente administrativo especialista, detendo aquela um número de escalões e índices próprios, e não da circunstância, como na maior parte das situações objecto das decisões do Tribunal Constitucional atrás mencionadas, de a diferença remuneratória de dois funcionários oriundos da mesma categoria advir da promoção posterior, à categoria superior, do funcionário que veio afinal a ser beneficiado.

A verdade, no entanto, é que o recrutamento para a categoria de tesoureiro é aberto a todos aqueles que preencham as condições previstas na lei, mais propriamente no art. 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 404-A/98, constituindo o concurso à mesma uma opção livre do funcionário que preenche aqueles requisitos, opção essa que poderia naturalmente ter sido seguida também por V. Ex.ª.

O que é importante garantir é a igualdade da situação remuneratória de funcionários que optaram por fazer idêntico percurso profissional, circunstância que, conforme já acima dito, parece não acontecer no caso concreto apresentado por V. Ex.ª.

Por tudo o que fica exposto, entendo não existirem razões para a adopção de qualquer medida, por parte deste órgão do Estado, quanto à questão colocada na queixa que me foi dirigida por V. Ex.ª. De qualquer forma, e se os pressupostos em que assentou a presente análise, relativos ao percurso profissional de V. Ex.ª e do seu colega, não corresponderem à realidade, sempre poderá V. Ex.ª dirigir-se-me de novo, para esclarecimento dos mesmos, naturalmente se tal esclarecimento for relevante para uma análise que possa conduzir a conclusões distintas das que acima ficam expressas.

R-1655/04

Assunto: Inscrição na Ordem dos Engenheiros.

Respondendo à carta de V. Ex.ª, cumpre-me esclarecer que não posso concordar com a alegação de inconstitucionalidade que aí é assacada à norma constante do art. 7.º, n.º 2, b), do actual Estatuto da Ordem dos Engenheiros, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/92, de 17 de Outubro.

Assim, veio o citado diploma, conforme se explicita no seu preâmbulo, a reconhecer como de interesse público regulamentar de modo mais estrito o exercício da profissão de Engenheiro, tendo em conta a relevância que tal actividade possui em termos de interesse público, considerando adequada a auto-regulação em aspectos de ordem ética e científica.

Nesse âmbito, no uso da competente autorização legislativa (necessária face ao disposto no actual art. 165.º, n.º 1, s), da Constituição), veio o Governo a explicitar a opção de recorrer a uma entidade de tipo associativo, não estadual embora com cariz público, para, em regime de auto-controlo, disciplinar o exercício da profissão de engenheiro. Trata-se, afinal, da criação de um regime de cariz idêntico aos das demais ordens profissionais, como as dos médicos ou, advogados, correspondendo à figura jurídica da associação pública. Esta figura tem consagração constitucional no art. 267.º, n.º 4, da Constituição, aí se estabelecendo requisitos para a sua criação em concreto e garantias de funcionamento.

A legitimidade da existência de figuras associativas deste tipo, i. e., de inscrição obrigatória para quem queira exercer determinada profissão, embora muito discutida no início da vigência da actual Constituição, tem sido admitida pacificamente pela doutrina (ver, por todos, de Jorge Miranda, *As associações públicas no direito português*, Lisboa, 1985) e pela jurisprudência (por todos, cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Maio de 1985, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 347, pg. 227, com citação da jurisprudência relevante da Comissão Constitucional).

A natureza pública deste tipo de pessoas colectivas manifesta-se na limitação da liberdade de associação em duas perspectivas. Assim, não só é o particular obrigado a vincular-se à referida associação, caso queira exercer a profissão em causa, como fica a associação adstrita a aceitar qualquer interessado, tão logo possua estes os requisitos impostos por lei.

Na reclamação apresentada, contesta V. Ex.^a a legitimidade da Ordem dos Engenheiros para estabelecer regras que confirmam tratamento diverso a licenciados em engenharia, consoante o curso e estabelecimento de ensino frequentados. Tal situação, no entendimento de V. Ex.^a, acarretaria um desrespeito das instituições de ensino, devidamente credenciadas para a concessão do grau de licenciado.

Ora, depois de restringir no seu art. 3.º aos inscritos na Ordem “a atribuição do título, o seu uso e o exercício da profissão de engenheiro”, dispõe o

Estatuto da Ordem dos Engenheiros, no seu art. 7.º, n.º 1, que “a admissão como membro efectivo depende da titularidade de licenciatura (...) em curso de Engenharia, estágio e prestação de provas”.

Por aqui se pode ver que não basta a posse de licenciatura em Engenharia para que licitamente se possa usar o título e exercer a profissão de engenheiro.

É necessário que, adicionalmente, seja verificada a competência profissional (e não académica) do candidato, através das formas previstas na lei, a saber a realização de estágio e prestação de provas adequadas.

Julgo que V. Ex.^a não disputará a possibilidade de assim ser, isto é, de prever a lei que só pode desempenhar certa profissão quem seguir determinado percurso probatório das suas capacidades.

A queixa de V. Ex.^a, assim, não se dirigirá tanto contra este controlo do acesso à profissão, mas mais contra o procedimento de “acreditação” de cursos por parte da Ordem dos Engenheiros, segundo V. Ex.^a tratando de modo desigual dois titulares da licenciatura com idêntica denominação. Acusa, assim, V. Ex.^a de estar assim propiciado à Ordem dos Engenheiros a possibilidade de adoptar um procedimento discriminatório.

Existindo, na verdade, discriminação, não tem a mesma o significado negativo que V. Ex.^a pretende inculcar. Em primeiro lugar, está a Ordem dos Engenheiros legalmente autorizada a “definir critérios objectivos de dispensa de provas de admissão (...) os quais se basearão nos currículos dos cursos, nos meios de ensino e nos métodos de avaliação” (norma impugnada por V. Ex.^a).

É essa mesma natureza objectiva que repele a possibilidade de arbítrio, naturalmente não discutindo as avaliações de ordem técnica e profissional definidas. Pode assim a Ordem averiguar, em obediência aos critérios definidos na Lei, quais os cursos que lhe merecem a confiança necessária para dispensar os seus graduados da prestação de provas de admissão.

Tal não significa que se esteja a colocar em causa o grau conferido. Cada qual na sua esfera, a Universidade/Instituto Politécnico, quanto ao grau, a Ordem, quanto ao exercício da profissão, respeitam mutuamente a sua autonomia. Se é à primeira instituição que compete escolher, da forma que considera adequada, os currículos, os meios de ensino e a avaliação dos cursos que lecciona, é à segunda que a lei possibilita ajuizar da confiança que lhe merecem os referidos cursos, dispensando ou não os seus graduados da prestação de provas.

Tal não traduz uma avaliação científica das universidades, que são livres de ensinar o que bem entendam. Permite, isso sim, o reconhecimento da

adequação ou não do ensino aí ministrado à possibilidade de se presumir uma preparação adequada para certa profissão. Que tal operação, devidamente autorizada por lei, sublinho, ao contrário do afirmado por V. Ex.^a, possa resultar num desinteresse dos alunos pelos cursos que não beneficiam desta “acreditação”, é possível e até mesmo natural.

Há assim uma discriminação entre cursos, mas uma discriminação que é positiva, assente em critérios considerados aptos pelo Direito para distinguir entre situações desiguais. Realmente, o princípio da igualdade manda não só tratar de modo igual o que é igual, mas também de modo desigual o que realmente é desigual. Considerando o teor do art. 7.º, n.º 2, b), do Estatuto da Ordem dos Engenheiros, vê-se que a actuação desta associação pública não é discricionária, antes estando limitada por factores electivos bem determinados, em relação aos quais se prevê a determinação de critérios objectivos.

Ao contrário do que V. Ex.^a afirma, não há expectativas “legítimas” que sejam defraudadas, mais a mais hoje, face a um diploma com doze anos, muito menos coarctadas. A qualquer licenciado em Engenharia é lícito realizar as provas de admissão.

O facto de análogo regime não existir noutras profissões regulamentadas não tira nem dá fundamento para qualquer censura.

Nestes termos, não assistindo motivo para a diligência peticionada por V. Ex.^a, procedi ao arquivamento do presente processo.

Nota: Tendo sido reiterada a reclamação em segunda carta, foi prestada a resposta seguinte:

A carta de V. Ex.^a nada acrescenta à fundamentação que rejeitei na minha anterior comunicação, de 4 de Maio p.p..

Assim, é o próprio Estatuto da Ordem dos Engenheiros, aprovado por diploma legal autorizado pela Assembleia da República, nos termos constitucionais, que permite (num poder vinculado) à associação pública em causa distinguir entre as habilitações de base apresentadas pelos vários candidatos ao exercício da profissão de engenheiro.

Com esta questão nada tem que ver a licitude da concessão do grau de licenciado em Engenharia pelas várias instituições de ensino superior. Uma nada impõe no que toca à outra, a não ser num plano mínimo, isto é, sendo imprescindível a posse de grau de licenciado em Engenharia, conferido por instituição apta a tal, essa é uma condição necessária mas não suficiente para

obter o estatuto mais favorável na admissão à Ordem dos Engenheiros e ao exercício da profissão de engenheiro.

O argumento utilizado por V. Ex.^a, ao invocar o princípio da igualdade, tomado nos termos incorrectos que enuncia, proibiria também qualquer avaliação feita pela Ordem quanto às capacidades de cada candidato em concreto. Seguindo a linha de raciocínio, se todos são titulares do mesmo grau de licenciatura em engenharia, o princípio da igualdade imporia que a todos fosse dada a mesma solução de Direito.

Ora, a correcta percepção do princípio da igualdade assim o obrigando, nada impede que sejam, estabelecidos “critérios objectivos”, baseados nos “currículos dos cursos, nos meios de ensino e nos métodos de avaliação”, devidamente averiguadas as diferenças de facto realmente existentes entre os diversos cursos de licenciatura, dando-lhes o tratamento desigual que se impõe.

Como se disse já a V. Ex.^a, o princípio da igualdade não se basta em meras apreciações formais, antes impondo que a realidade substantiva de base seja apurada, das diferenças existentes se retirando as consequências que a valoração das mesmas imponha.

Refiro ainda que não é a limitação à capacidade da Ordem dos Engenheiros que é realmente arguida por V. Ex.^a, mas sim uma suposta limitação à competência legislativa do Governo (como disse, mediante prévia credencial parlamentar).

Ora, pelos motivos já suficientemente explicitados, não vejo razão para que se considere o órgão legislativo competente impossibilitado de prever a distinção, de acordo com critérios objectivos, entre entidades que materialmente sejam merecedoras de juízo diverso, seja a realidade relevante a pessoa física determinada ou a organização de determinado curso de licenciatura em certa instituição do ensino superior, com tudo o que esta traduz na formação daquela.

R-1772/04

Assunto: Ordem dos Advogados. Quotas. Advogados de outros Estados membros da União Europeia.

Reporto-me à exposição de V. Ex.^a, apresentada no interesse da Sr.^a Dr.^a M., a propósito do assunto acima identificado.

Como é do conhecimento de V. Ex.^a, os advogados de outros Estados membros da União Europeia podem, nos termos dos Estatutos da Ordem dos Advogados, exercer, no nosso país, aquela actividade profissional, designadamente de duas formas distintas (para além da possibilidade que têm de livremente prestar, a título ocasional, serviços de advocacia, com o título profissional de origem, dando prévio conhecimento desse facto à Ordem dos Advogados, nos termos preceituados no art. 173.º-C, n.º 1, daquele Estatuto).

A primeira forma requer, para o uso do título de advogado, a prévia inscrição na Ordem dos Advogados, ao abrigo do Regulamento de Registo e Inscrição dos Advogados Provenientes de Outros Estados Membros da União Europeia, em condições análogas às dos advogados portugueses.

Por outro lado, usando o título profissional de origem, exige-se o registo na Ordem dos Advogados, feito nos termos explicitados no Regulamento acima identificado. O exercício da profissão, mediante estabelecimento permanente em Portugal, está, neste caso, enquadrado pelos condicionalismos decorrentes designadamente do art. 173.º-B, n.º 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados, o que significa que a representação e o mandato judiciais perante os tribunais portugueses só poderão ser exercidos, por um advogado colocado naquelas condições, sob a orientação de um outro advogado que esteja inscrito na Ordem dos Advogados.

O mero registo na Ordem dos Advogados, no âmbito da segunda modalidade de exercício da profissão acima enunciada, implicará o pagamento, pelo advogado que optou pela mesma, de uma quota de valor igual ao valor da quota devida por um advogado por sua vez inscrito na Ordem há mais de três anos – cf. Tabela de emolumentos e preços anexa à Deliberação n.º 769/2004 da Ordem dos Advogados, publicada no Diário da República, II Série, de 1 de Junho de 2004. É precisamente esta a questão colocada por V. Ex.^a na queixa que me dirigiu, e que importa aqui analisar.

Antes de mais, sempre se sublinha que a opção por uma ou outra das modalidades acima enunciadas compete exclusivamente ao advogado da União Europeia que pretende exercer a profissão no nosso país, naturalmente assumindo as consequências inerentes a essa decisão, em termos de vantagens e inconvenientes.

Por outro lado, não obstante pudesse ter sido outra a solução estabelecida pela associação profissional em causa, não me parece ilícita a equipara-

ção do valor da quota a pagar pelo advogado registado na Ordem ao valor da quota do advogado na mesma inscrito há mais de três anos.

De facto, o valor da quota não é diferentemente fixado em função da maior ou menor vantagem económica que o advogado possa obter com o exercício da profissão. A inscrição ou registo na Ordem dos Advogados, obrigatória para o exercício permanente, no nosso país, da profissão em causa, acarreta para os profissionais na mesma inscritos ou registados determinadas garantias ligadas a esse exercício (que aqui naturalmente me escuso de enunciar), que nas duas situações em análise – as que resultam da inscrição e do simples registo – não se revelam substancialmente diversas.

Ainda que assim não fosse, importa notar a uniformidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional a respeito do conceito de taxa, afastando do mesmo a ideia de sinalagma económico e fixando-se no jurídico (cf. Acórdãos 98/90, 583/94, 1108/96, 364/99, 96/00 e 115/2002). É incontestável que esta última corresponsividade se verifica na situação em análise.

O raciocínio de V. Ex.^a, cuja bondade não recuso mas deixo ao critério da entidade pública competente, se fosse levado ao extremo possibilitaria a cobrança de quotas em função dos rendimentos auferidos na profissão.

Todavia, para o que aqui interessa, não julgo que se verifique inconstitucionalidade que motive alguma iniciativa minha junto do Tribunal Constitucional.

Questão distinta é a que envolve a possibilidade de fixação, como acontece efectivamente, de um montante a título de quota mais reduzido para o período, no caso de três anos, seguinte ao da inscrição na Ordem, de que beneficiarão os advogados portugueses e os oriundos de outros Estados membros da União Europeia que se inscrevam na associação profissional. Aqui, tomou a Ordem em consideração a necessidade de ser aliviada a contribuição do advogado numa fase de arranque do exercício da actividade ou, no caso de um advogado da União Europeia que já exercesse a profissão no seu país, de arranque do exercício da actividade num país estrangeiro.

Dir-me-á V. Ex.^a que então deveria ser salvaguardado igual período para os advogados não inscritos mas registados na Ordem. Sendo naturalmente equacionável tal solução, concordará no entanto V. Ex.^a que o horizonte temporal de exercício, a título permanente, da actividade por um advogado que opta por se inscrever na Ordem será tendencialmente superior ao daquele

que decide apenas proceder ao competente registo naquela associação profissional, provavelmente na expectativa de uma maior transitoriedade do exercício da actividade no nosso país.

Acresce que uma redução do valor da quota para os advogados apenas registados na Ordem, no período em referência ou mesmo definitiva, redundaria num benefício precisamente para os advogados da União Europeia que optaram pelo caminho mais fácil para o exercício permanente da profissão no nosso país, beneficiando simultaneamente das mesmas garantias que os advogados inscritos, pelo facto de se encontrarem, como estes, associados numa organização profissional.

Finalmente, quanto às questões de ordem formal colocadas por V. Ex.^a na queixa, relativas à ausência de nota justificativa fundamentada e à não audição dos interessados no âmbito das normas regulamentares em apreço, sempre se dirá que, no caso, estamos apenas perante uma simples actualização dos valores das quotas (e outros serviços), cujo pagamento constitui um dever do associado já perfeitamente assumido no âmbito dos Estatutos da Ordem dos Advogados. Deste modo, não julgo relevante a aplicação do disposto nos arts. 16.º e 17.º do Código do Procedimento Administrativo.

Em anotação a este último preceito do Código, refere Mário Esteves de Oliveira ²⁵⁸, que *“a imposição de deveres, sujeições ou encargos num regulamento pode ser (ou não ser) uma simples decorrência da lei. Se for, duvida-se que haja lugar aqui à aplicação do princípio da audiência dos interessados: não é ao nível regulamentar que se faz essa opção e, portanto não tem que se ouvir sobre ela os interessados”*.

Acresce que, em matéria de ilegalidade simples, não é competente o Tribunal Constitucional, tão pouco me cabendo qualquer poder de iniciativa.

Assim sendo, por tudo o que acima fica dito, não me parece censurável, designadamente no sentido pretendido por V. Ex.^a na queixa, a solução legal na mesma contestada e que esteve aqui em análise.

²⁵⁸ E Outros, in “Código do Procedimento Administrativo Comentado”, 2.ª edição, 1998, Almedina, p. 524.

Assunto: Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto. Actos próprios dos advogados e dos solicitadores. Consulta jurídica.

Reporto-me à exposição de V. Ex.^a, relativamente ao assunto supra identificado, que me mereceu a melhor atenção.

Antes de mais, importa referir que o regime consagrado na recente Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto, não é, quanto ao assunto de que nos ocupamos, mais restritivo do que o anteriormente vigente sobre a mesma matéria, decorrente designadamente do art. 53.º, ora revogado, do Estatuto da Ordem dos Advogados.

De facto, decorria do mencionado art. 53.º daquele Estatuto, que podiam exercer actos próprios da profissão de advogado, designadamente a consulta jurídica, os advogados e advogados estagiários com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados. Esta mesma orientação encontra-se agora plasmada no art. 1.º, n.º 1, da nova legislação.

O mesmo art. 53.º do Estatuto previa, no n.º 4, a possibilidade de os docentes das faculdades de Direito poderem, também eles, dar pareceres jurídicos escritos, encontrando-se agora norma de idêntico teor, embora com formulação distinta, no art. 1.º, n.º 3, da Lei n.º 49/2004.

O dispositivo, ora revogado, do Estatuto da Ordem dos Advogados, esclarecia que os solicitadores inscritos na respectiva câmara podiam igualmente exercer designadamente a consulta jurídica, “nos termos e condições constantes do seu estatuto próprio”, sendo que a actual lei concretiza essa mesma orientação nas normas conjugadas do art. 1.º, n.ºs 1, 5, alínea b), e 11.

A este propósito, permita-me o esclarecimento de que os solicitadores exercem designadamente a consulta jurídica apenas nos limites do respectivo estatuto e da legislação processual em vigor, conforme decorre actualmente do já referido n.º 11 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004 (e anteriormente do art. 53.º, n.º 3, do Estatuto da Ordem dos Advogados). Isto é, a consulta jurídica que os solicitadores estão habilitados a exercer e que podem, nos termos da referida legislação, efectivamente exercer, não se confunde nem interfere com a consulta jurídica que os advogados estão aptos a desenvolver. Deste modo, estará o solicitador autorizado a exercer uma consulta jurídica específica, definida e

delimitada pelas suas competências próprias, que resultam da lei e particularmente dos estatutos da respectiva organização profissional.

Finalmente, a questão do exercício da consulta jurídica por funcionários públicos e em regime de trabalho subordinado, constante do n.º 2 do revogado art. 53.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, tem solução actual nos n.ºs 7 e 8 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004.

Da análise comparativa que fica feita, resultará que a nova legislação, mantendo o regime anterior designadamente decorrente do Estatuto da Ordem dos Advogados, prevê ainda a possibilidade de, nos termos do art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 49/2004, poderem exercer consulta jurídica *“juristas de reconhecido mérito e os mestres e doutores em Direito cujo grau seja reconhecido em Portugal, inscritos para o efeito na Ordem dos Advogados nos termos de um processo especial a definir no Estatuto da Ordem dos Advogados”*.

Sendo a consulta jurídica um dos actos próprios da profissão de advogado e estando o exercício da profissão, de relevante interesse público, sujeito à inscrição numa associação profissional e ao respeito pelas regras que a enquadram, fará sentido que seja esta mesma organização, no caso a Ordem dos Advogados, não só a determinar os critérios que deverão orientar a densificação do conceito *“jurista de reconhecido mérito”*, como a definir um processo específico de registo, na própria Ordem, desses profissionais.

Este registo permitirá à Ordem um controlo do exercício da consulta jurídica por profissionais que não estão inscritos na associação, controlo esse que constitui naturalmente uma garantia para os potenciais utilizadores do serviço em causa.

Diga-se que os mestres e doutores em Direito estão desde logo autorizados, nos termos da lei e pela simples detenção dos graus em causa (reconhecidos em Portugal) – que constitui, neste caso, critério suficiente para o legislador – a exercer a consulta jurídica, sem prejuízo da necessidade de, também eles, se registarem, para o efeito, na Ordem dos Advogados.

Com a previsão normativa do art. 1.º, n.º 4, da Lei n.º 49/2004, apenas visa o legislador explicitar ou clarificar regras que já decorrem implicitamente do regime: por um lado a possibilidade de exercício da consulta jurídica, nos termos acima explicitados, pelos solicitadores, que como V. Ex.^a sabe podem não ser licenciados em Direito e, por outro, as regras específicas que enquadram o exercício das profissões de advogado e solicitador por profissionais de outros Estados-Membros da União Europeia.

Quanto a este último aspecto, e designadamente quanto aos advogados, será do conhecimento de V. Ex.^a que são reconhecidas em Portugal, precisamente na qualidade de advogados e como tal autorizadas a exercer a profissão, as pessoas que, nos respectivos países membros da União Europeia, estejam autorizadas a exercer as actividades profissionais com um dos títulos enunciados no art. 173.º-A do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Deste modo, no âmbito dos direitos de circulação e de estabelecimento que vigoram no espaço da União Europeia, o nosso país reconhece a qualidade de advogado e autoriza o exercício da profissão aos detentores, nos respectivos países da União Europeia, dos títulos taxativamente elencados no referido artigo do Estatuto da Ordem, independentemente das habilitações académicas e profissionais que levaram, em cada um daqueles países, à aquisição dos títulos em causa. E isto, na medida em que não só as designações das actividades profissionais nos países da União Europeia como as próprias habilitações académicas e profissionais que terão permitido a aquisição, nesses países, dos títulos mencionados no art. 173.º-A do Estatuto da Ordem, poderão não ser coincidentes com as do nosso país. Ao legislador nacional apenas importa que a pessoa detenha o título profissional em causa, naturalmente não interferindo nas habilitações – que poderão não integrar o conceito de “licenciatura em Direito” –, exigidas por cada um dos países da União Europeia para a sua obtenção.

Raciocínio idêntico terá de ser feito relativamente aos solicitadores oriundos dos países da União Europeia, designadamente tendo em linha de conta os arts. 77.º e 93.º, n.º 1, alínea *b*), do Estatuto da Câmara dos Solicitadores.

Finalmente, coloca V. Ex.^a na queixa a questão de apenas os docentes das faculdades de Direito, e não por exemplo os juristas docentes de disciplinas jurídicas dos institutos politécnicos, poderem, nos termos da Lei n.º 49/2004, elaborar pareceres jurídicos escritos.

Antes de mais, recordo que essa limitação não é nova e que, conforme acima referido, e embora com outra formulação legal, as regras quanto a este aspecto são as mesmas que decorriam anteriormente do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Entendo que duas ordens de razões justificarão a manutenção daquela opção do legislador. Por um lado, a circunstância de as cadeiras jurídicas ministradas nos cursos dos institutos politécnicos, que não são cursos de Direito, terem um conteúdo distinto e uma abordagem, normalmente econó-

mica ou empresarial, diferente da que é feita nas faculdades de Direito. Por outro, o facto de o mesmo legislador, desde logo na Lei de Bases do Sistema Educativo, atribuir às universidades a tarefa de desenvolvimento, ao mais alto nível, da investigação nas diversas áreas do conhecimento.

Recordo finalmente a V. Ex.^a que um jurista docente de um instituto politécnico poderá naturalmente exercer consulta jurídica se, por exemplo, se integrar na previsão do n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004.

Por tudo o que acima fica dito, não me parecem censuráveis as soluções legais postas em causa por V. Ex.^a na queixa, designadamente no sentido aí pretendido.

R-4034/04

Assunto: Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto. Actos próprios dos advogados e dos solicitadores. Negociação tendente à cobrança de créditos. Crime de procuradoria ilícita.

Reporto-me à exposição apresentada por V. Ex.^a a este órgão do Estado, a propósito do assunto acima mencionado.

A Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto, que designadamente vem definir o sentido e alcance dos actos próprios dos advogados e dos solicitadores, estabelece, no seu art. 1.º, n.º 6, alínea *b*), como um dos actos próprios daqueles dois grupos de profissionais a negociação tendente à cobrança de créditos.

Apesar da iniciativa do legislador, a verdade é que os actos que a mesma veio definir como próprios dos advogados e dos solicitadores, incluindo a negociação tendo em vista a cobrança de créditos, fariam já anteriormente parte do leque de atribuições dos profissionais em causa, isto na medida em que exigissem os referidos actos uma competência específica para a sua prática, competência essa atribuída naturalmente aos grupos de profissionais referidos no âmbito da assessoria jurídica.

O objectivo do legislador foi, pois, especificar concretamente os actos da competência daqueles profissionais que, na prática, provavelmente mais têm vindo a ser praticados por pessoas que não estão dotadas da referida com-

petência, isto é, por pessoas que não são advogados nem solicitadores, reforçando o exclusivo legalmente estabelecido.

Refere V. Ex.^a que o conteúdo do referido art. 1.º, n.º 6, alínea b), da Lei n.º 49/2004 constituirá uma limitação injustificada à liberdade de escolha de profissão, estabelecida no art. 47.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Não será assim. De facto, o mesmo preceito da Lei Fundamental admite expressamente o estabelecimento de restrições legais ao referido direito, designadamente impostas pelo interesse colectivo, desde que essas restrições constem de lei da Assembleia da República, que é o caso, ou de decreto-lei governamental devidamente autorizado pelo Parlamento (conforme resulta da conjugação do preceito com as normas por sua vez constantes dos arts. 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição).

Esta possibilidade conferida pelo texto constitucional, que por exemplo fundamenta a obrigatoriedade de inscrição, para o exercício de determinadas profissões, designadamente a de advogado ou solicitador, numa associação profissional, no caso e respectivamente na Ordem dos Advogados e na Câmara dos Solicitadores, abre igualmente caminho para a definição de actos que, por razões de interesse público, e neste sentido visando a protecção dos utentes dos serviços prestados, devam ser exercidos por este ou aquele grupo de pessoas, detentoras de uma competência específica.

Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *“a liberdade de escolha de profissão distingue-se, quer do direito ao exercício livre da profissão (“profissão livre”), quer da liberdade de iniciativa económica privada. (...) Quanto à primeira, a liberdade de escolha é independente do estatuto legal de cada profissão, não implicando ela uma garantia institucional das “profissões livres”, não sendo portanto constitucionalmente ilícito, nem a atribuição de um estatuto público a certas profissões, nem, muito menos, a submissão a certas profissões a um estatuto mais ou menos publicamente condicionado ou vinculado (advocacia, medicina, etc.)”* (in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.^a edição revista, 1993, pp. 262 e 263).

Não obstante o objecto social dessa empresa referir a recuperação de créditos, concordará V. Ex.^a que a linha de fronteira entre os actos que poderão ser praticados no âmbito da referida actividade e os actos aqui em análise, de negociação de créditos, se revelará, na prática, bastante ténue.

Assim sendo, só em concreto poderá apurar-se se uma determinada pessoa ou sociedade pratica ou não actos que lhe estão vedados por lei, designadamente os que estão aqui em discussão, o que, quanto ao caso apresentado na queixa, poderá desde logo vir a ser clarificado no âmbito do processo (administrativo) que, segundo informa V. Ex.^a, terá sido instaurado a essa empresa pela Ordem dos Advogados.

Finalmente, refira-se que a Lei n.º 49/2004 veio também tipificar, no respectivo art. 7.º, o crime de procuradoria ilícita, distinto do crime de usurpação de funções, previsto no art. 358.º do Código Penal, a que se refere V. Ex.^a na queixa. Assim, enquanto que no crime de usurpação de funções o agente se arroga, expressa ou tacitamente, a qualidade, por exemplo, de advogado, levando os destinatários dos actos que pratica a suporem que detém aquela qualidade, quando efectivamente não a detém, no crime de procuradoria ilícita é punida a prática de actos, ou o auxílio e colaboração na prática de actos, no caso próprios de advogados e de solicitadores, independentemente de a pessoa ou entidade que viola a lei se arrogar a qualidade de advogado ou de solicitador.

Isto é, enquanto que na usurpação de funções a verificação do crime está dependente da circunstância de a pessoa que exerce a profissão ou pratica actos próprios de uma profissão se arrogar, implícita ou explicitamente, de um estatuto necessário ao exercício dessa profissão ou à prática desses actos, que não detém efectivamente, não é requisito, para a verificação do crime de procuradoria ilícita, que a pessoa se arrogue da qualidade de advogado ou solicitador, bastando que, não o sendo, pratique actos próprios daqueles profissionais, em violação da lei.

Pelas razões que ficam expostas, não se mostrará adequada qualquer intervenção deste órgão do Estado no sentido pretendido por V. Ex.^a.

3.2. Acórdãos do Tribunal Constitucional proferidos em resposta a iniciativa do Provedor de Justiça

Durante o ano de 2004 foram publicados 10 acórdãos do Tribunal Constitucional na sequência de pedidos formulados pelo Provedor de Justiça.

Acórdão	Publicação do pedido	Objecto	Publicação do Acórdão	Decisão
562/2003	Rel. 1999, 2.º vol., pg. 156	Artigo 266.º, n.º 1, c), do Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho, conjugado com o artigo 4.º, n.º 1, c), da Lei n.º 145/99, de 1 de Setembro, que aprova o Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana, por violação do art.º 30.º, n.º 4, da Constituição.	DR, Série I-A, 2004.03.13	Declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral
616/2003	Rel. 1999, 2.º vol., pg. 213	Artigos 3.º, n.ºs 1 e 2, 4.º, 2.ª parte e 5.º, n.º 4, da Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro (diploma que regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos), por violação dos art.ºs 165.º, n.º 1, alínea i), 103º, n.ºs 2 e 3 e 112º, n.º 6, da Constituição.	DR, Série I-A, 2004.03.13	Declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, com limitação de efeitos
122/2004	Rel. 2003, pg. 1151	Artigo 107.º, n.º 1, alínea a), do Regime do Arrendamento Urbano (RAU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 329-B/2000, de 22 de Dezembro, enquanto aplicável aos casos de 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, por violação do princípio da igualdade.	DR, Série II, 2004.04.12	Não declara a inconstitucionalidade
154/2004	Rel. 2000, pg. 514	Artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, a), do Decreto-Lei n.º 263/98, de 19 de Agosto, e n.º 2 da Portaria 788/98, de 21 de Setembro, por violação dos art.ºs 18.º, n.º 2, 30.º, n.º 4, 165.º, n.º 1, b), da Constituição.	DR, Série I-A, 2004.04.17	Declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 263/98, de 19 de Agosto. Não toma conhecimento do restante pedido pela revogação das normas em causa

Acórdão	Publicação do pedido	Objecto	Publicação do Acórdão	Decisão
70/2004	Rel. 2003, pg. 1155	Artigo 32.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2003), por violação dos art.ºs 165.º, n.º 1, alínea i), 103.º, n.º 2, e 112.º, n.º 6, da Constituição.	DR, Série II, 2004.05.07	Não declara a inconstitucionalidade
563/2003	Rel. 1998, pg. 619	Artigos 21.º, n.º 1, 23.º, n.º 1, 25.º, n.ºs 2, 4 e 5, 26.º, n.ºs 1 e 3, b), 27.º, 31.º, n.º 2, 32.º, n.º 2, 34.º, 2.ª parte, e 36.º do Decreto-Lei 86/98, de 3 de Abril (aprova o regime jurídico do ensino da condução), por violação do art.º 165.º, n.º 1, b), da Constituição.	DR, Série I-A, 2004.05.25	Não toma conhecimento, por inutilidade superveniente, da parte respeitante aos artigos 21.º, n.º 1, 25.º, n.ºs 2, 4 e 5, e 27.º do Decreto-Lei 86/98; Declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do remanescente do pedido
232/2004	Rel. 1999, 2.º vol., p. 225	1) Art.º 25.º, 2.º c), do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, por violação do art.º 30.º, n.º 4, da Constituição; 2) Arts.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, 125.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, no art.º 97.º do Código Penal, no artigo 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e no art.º 68.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, na parte em que permitem a expulsão de cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa, por violação conjugada dos art.ºs 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição.	DR, Série I-A, 2004.05.25	Não toma conhecimento do pedido quanto à norma do artigo 25.º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na sua redacção originária. Não declara a inconstitucionalidade da norma do artigo 97.º do Código Penal. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do remanescente do pedido
289/2004	Rel. 1999, 2.º vol., p. 239	Artigos 1.º, n.ºs 6 e 7, segunda parte, e 8.º do Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio, e n.ºs 1.º e 2.º da Portaria n.º 153/96, da mesma data, por violação do art.º 18.º, n.º 2, <i>ex vi</i> arts.º 17.º e 61.º, n.º 1, e 112.º, n.º 6, da Constituição.	DR, Série II, 2004.05.26	Não declara a inconstitucionalidade
261/2004	Rel. 2000, p. 973	Artigos 18.º, n.º 2, 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 440/99, de 2 de Novembro, na redacção introduzida pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 184/01, de 21 de Junho, por violação do art.º 30.º, n.º 2, e), da Lei 98/97, de 26 de Agosto, indirectamente desrespeitando o teor do art.º 112.º, n.º 2, da Constituição.	DR, Série II, 2004.05.26	Não declara a ilegalidade
589/2004	Rel. 1999, 2.º vol., p. 204	Artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro, relativamente à promoção e constituição de associações internacionais em Portugal, por violação dos art.ºs 18.º, n.º 2, e 46.º, n.º 1, da Constituição.	DR, Série I-A, 2004.11.04	Declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral



II.

Gestão de recursos

Recursos financeiros

Recursos humanos

Relações públicas

Actividade editorial

1. Recursos financeiros

O orçamento da Provedoria de Justiça, no ano de 2004, diminuiu ligeiramente em relação ao de 2003.

A sua execução obedeceu a dois princípios fundamentais:

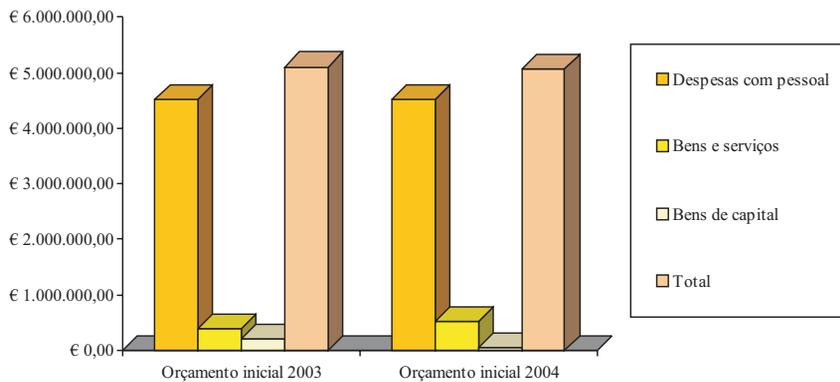
- Rigor orçamental;
- Contenção de custos.

Quadro da Evolução dos Orçamentos 2003/2004 (em Euros)				
Agrupamentos	Orçamento inicial 2003		Orçamento inicial 2004	
	Valor	% a)	Valor	% a)
Despesas com pessoal	€4.516.055,00	88,43%	€4.524.504,00	89,22%
Aquisição de bens e serviços correntes	€391.296,00	7,66%	€511.422,00	10,08%
Aquisição de bens de capital	€199.519,00	3,91%	€35.321,00	0,70%
Total	€5.106.870,00	100,00%	€5.071.247,00	100,00%

a) percentagem em relação ao montante total do orçamento



Gestão de recursos



2. Recursos humanos

No ano 2004, na área de recursos humanos, houve duas linhas mestras de actuação prioritárias:

1) A primeira, a abertura atempada de concursos de acesso que permitiram a promoção dos funcionários nas condições de ascenderem a categoria superior;

2) A segunda, a qualificação profissional de todos os que trabalham na Provedoria de Justiça, através de acções de formação.

Neste contexto, pode assinalar-se o seguinte:

- A abertura de 13 concursos entre 2000 e 2004, que deram lugar à promoção de 25 funcionários;
- 289 participações de funcionários ou agentes em diversas acções de formação no período compreendido entre 2000 e 2004.

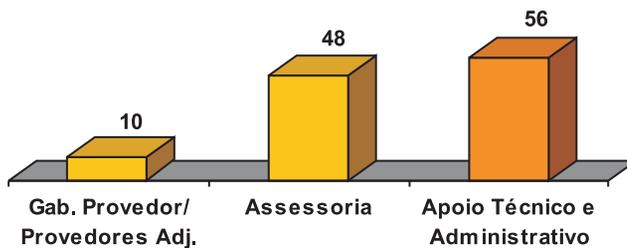
2.1. Distribuição por áreas funcionais

Actualmente, exercem funções na Provedoria de Justiça 114 elementos distribuídos pelas seguintes áreas: Gabinete do Provedor, Assessoria e Apoio Técnico e Administrativo.

Gab. Provedor/ Provedores Adj.	Assessoria	Apoio Técnico e Administrativo
10	48	56

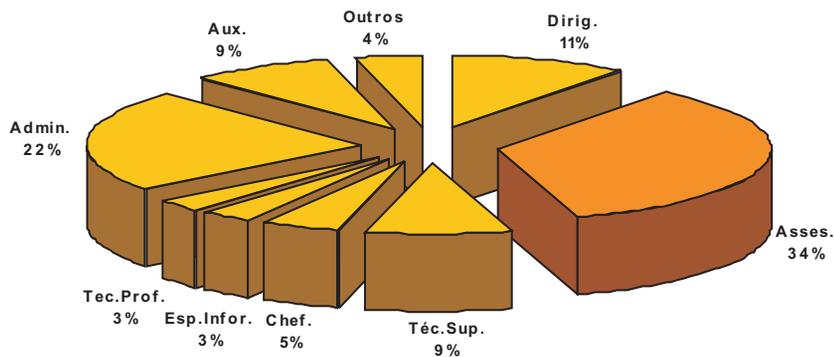


Gestão de recursos



O maior número de elementos desempenha a sua actividade no Apoio Técnico e Administrativo.

2.2. Cargos/Categorias profissionais na Provedoria de Justiça



As funções de assessor são as predominantes seguindo-se as administrativas.

Nota: Não foi considerado o pessoal do Gabinete.

2.3. Relação jurídica de emprego

Nomeação definitiva	Comissão Serviço	Requisição	Outros
37	49	4	24



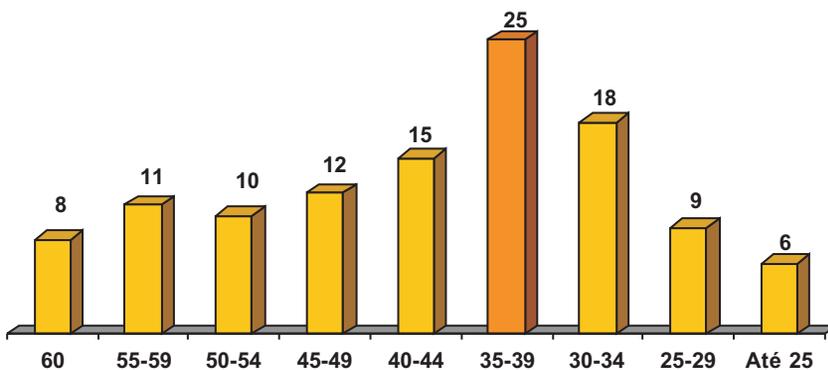
A relação jurídica de emprego predominante na Provedoria de Justiça é a nomeação em comissão de serviço, seguida da nomeação definitiva. A predominância da primeira, resulta do disposto no artigo 28.º da Lei Orgânica, dado ser a comissão de serviço o regime de nomeação dos coordenadores e assessores.

2.4. Escalões etários

+ 60	55-59	50-54	45-49	40-44	35-39	30-34	25-29	Até 25
8	11	10	12	15	25	18	9	6



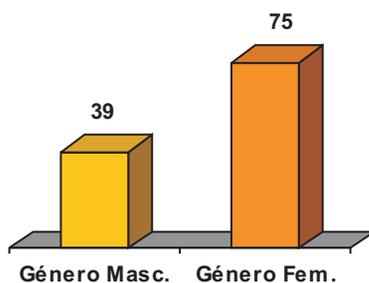
Gestão de recursos



A faixa etária mais representada é a dos 35/39 anos.

2.5. Género

Género Masc.	Género Fem.
39	75



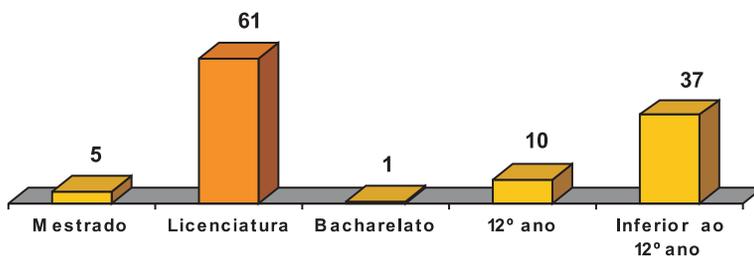
A maioria dos elementos que trabalha na Provedoria de Justiça é do género feminino.





2.6. Habilitações literárias

Mestrado	Licenciatura	Bacharelato	12º ano	< 12º ano
5	61	1	10	37



O grau académico predominante na Provedoria de Justiça é a licenciatura em Direito, facto que se explica pelas características e actividade da própria instituição.

2.7. Perfil

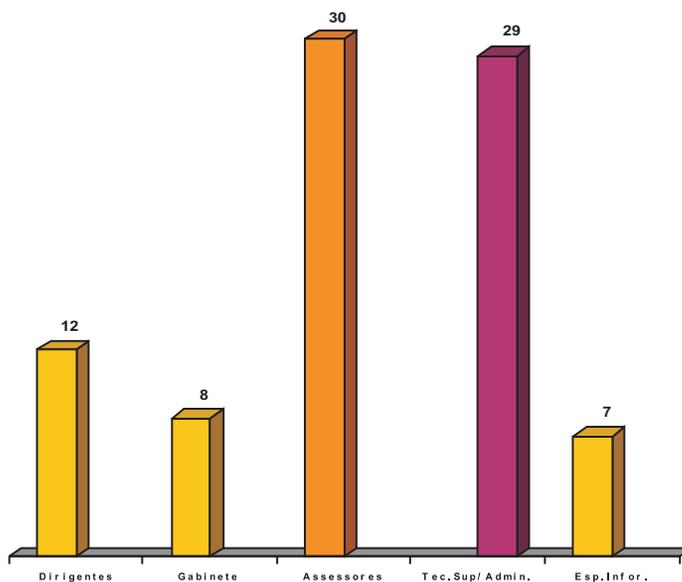
A maioria dos elementos que trabalha na Provedoria de Justiça é do género feminino, com idade compreendida entre os 35 e 39 anos e é licenciada em Direito.



2.8. Formação

No âmbito da formação externa, realizaram-se 67 acções de formação para 86 formandos num total de 2 463 horas. À totalidade das acções de formação correspondeu um encargo de 25 979,56 €.

Dirigentes	Gabinete	Assessores	Tec.Sup./ Admin.	Esp.Infor.
12	8	30	29	7



3. Relações públicas

Em 2004, manteve-se um atendimento personalizado, quer presencial, quer telefónico, visando:

- Aproximar o Provedor de Justiça do cidadão;
- Informar o cidadão sobre o seu direito de queixa ao Provedor de Justiça;
- Dar uma resposta mais célere aos pedidos de informações sobre processos em instrução.

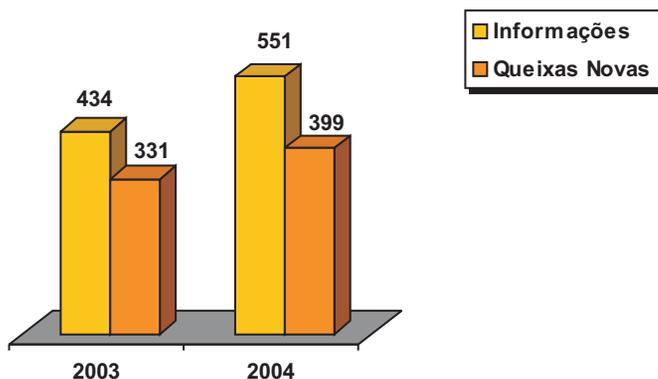
3.1. Atendimento de público

Quadro Resumo

Ano	Atendimento Presencial		Atendimento Telefónico					
			N.º Geral			Linha Azul		
	Inf. sobre Processos	Queixas Novas	Inf. sobre Processos	Outras Inf.	Totais	Inf. sobre Processos	Outras Inf.	Totais
2003	434	331	1 474	366	1 840	106	2108	2 214
2004	551	399	1 695	987	2 682	174	2264	2 438

Em 2004 aumentou o número de cidadãos que se dirigiram pessoal ou telefonicamente à Provedoria de Justiça.

3.1.1. Atendimento Presencial

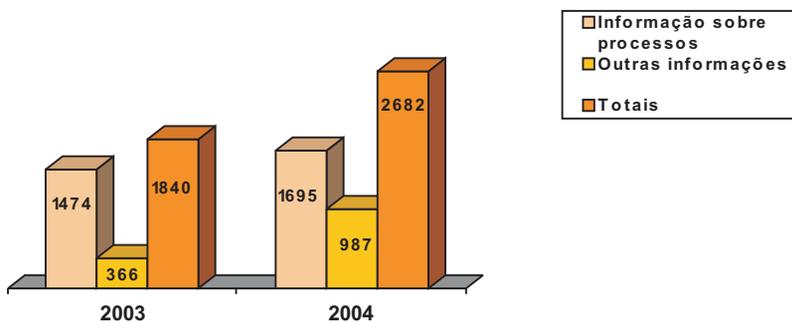


O número de pedidos presenciais de informações aumentou em 2004 e o número de queixas novas entregues na Divisão de Informação e Relações Públicas subiu também neste ano.

3.1.2. Atendimento Telefónico

- Número Geral

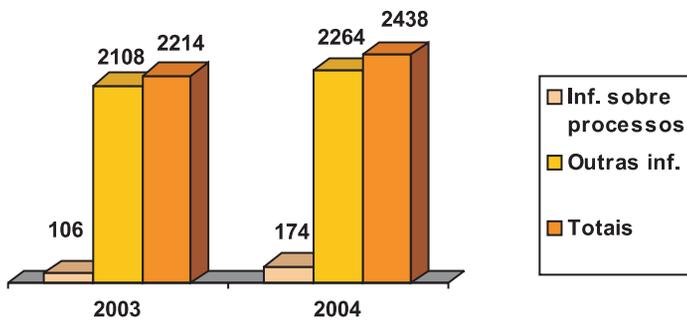
Ano	Inf. sobre processos	Outras inf.	Totais
2003	1474	366	1840
2004	1695	987	2682





• **Linha Azul**

Ano	Inf. sobre processos	Outras inf.	Totais
2003	106	2108	2214
2004	174	2264	2438

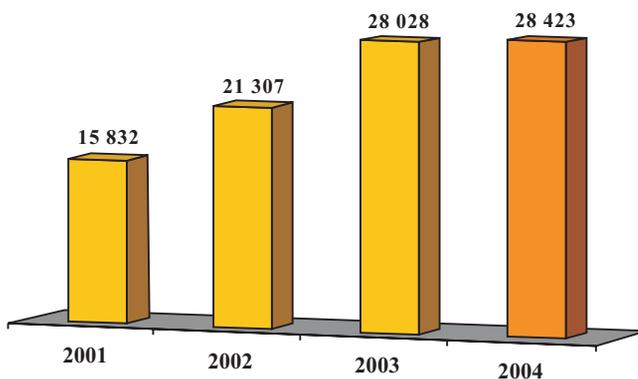


Aumentou, também em 2004, o número de pedidos de informações por telefone, quer gerais, quer sobre o andamento de processos em instrução na Provedoria de Justiça.



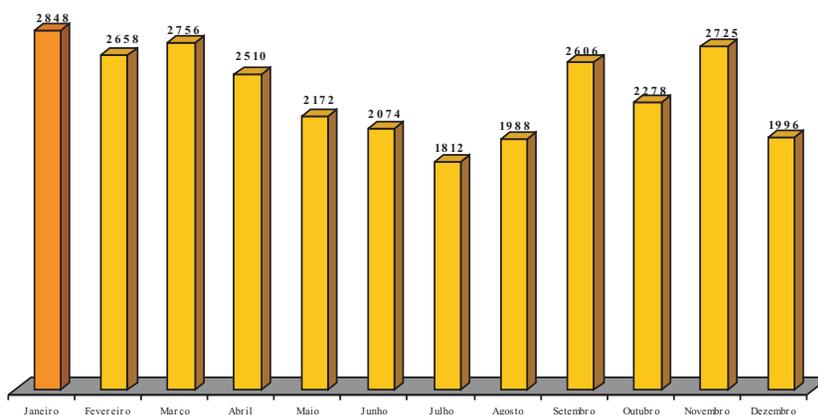
3.2. Portal da Provedoria de Justiça

Visando a disponibilização de informação referente ao Provedor de Justiça, manteve-se, em 2004, sempre actualizado, o portal deste órgão de Estado.



Constata-se, no ano transacto, a tendência de crescimento de acessos por parte dos cidadãos.

Acessos mensais ao portal



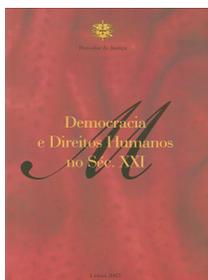
O maior número de acessos ao portal verificou-se no mês de Janeiro.

4. Actividade editorial

4.1. Monografias

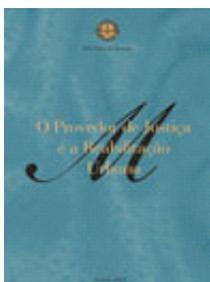
Na sequência da realização de congressos, conferências e seminários cujo objectivo foi, por um lado, o de promover o debate, a investigação e a elaboração de estudos doutriniais sobre as funções e o enquadramento legal do Provedor de Justiça, e por outro, o de trocar experiências e estreitar laços de amizade com instituições congéneres, foram editadas as seguintes publicações:

“Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI”



Monografia com as conferências do Dr. Mário Soares, Professor Doutor Freitas do Amaral e Professor Doutor António Correia de Campos proferidas por ocasião da realização do VII Congresso da Federação Ibero-americana de Ombudsman, em Novembro de 2002.

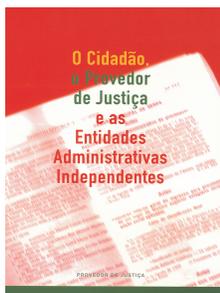
“O Provedor de Justiça e a Reabilitação Urbana”



Resultado de uma solicitação da Secretaria de Estado da Habitação ao Provedor de Justiça, no sentido deste contribuir com uma reflexão sobre os instrumentos jurídicos e financeiros da reabilitação urbana, do arrendamento urbano e do alojamento de arrendatários de prédios coercivamente sujeitos a obras ou demolíveis, no âmbito da revisão legislativa em curso a propósito das matérias referidas.

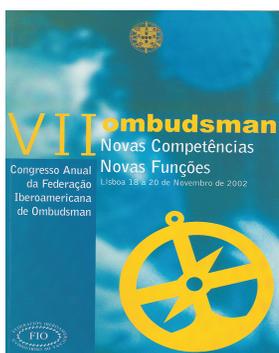


“O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes”



Aborda questões referentes à criação de Ombudsmen sectoriais e territoriais, que são de discussão irrecusável nos planos da constitucionalidade e da boa administração. Seminário que teve lugar na AR, em Outubro de 2001, com o alto patrocínio do seu então Presidente, Dr. Almeida Santos e com o apoio da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento e a participação de especialistas nesta temática.

“Ombudsman: Novas Competências. Novas Funções” – VII Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman

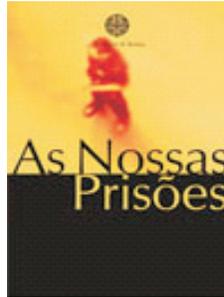


Memórias de um Congresso que tocam no âmbito das mais recentes evoluções configurativas e procedimentais do perfil do Ombudsman no tocante à sua intervenção mediadora em casos em que as Administrações e os cidadãos submetam, por acordo, a sua controvérsia ao Ombudsman.



4.2. Relatórios

“As Nossas Prisões”

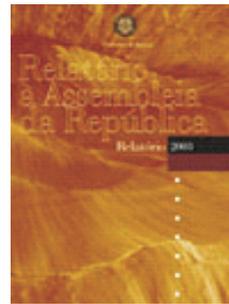


Relatório de uma inspeção levada a cabo em 2002 junto dos estabelecimentos prisionais do país, da qual resultou um conjunto de recomendações pertinentes dirigidas ao Ministro da Justiça.

“Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República”



2002



2003

Anos de 2002 e 2003 onde se dá conta da actividade do Provedor de Justiça



4.3. Difusão

A fim de divulgar a actividade do órgão Provedor de Justiça junto dos cidadãos nacionais e estrangeiros, foram difundidos os seguintes desdobráveis:

“O Provedor de Justiça na Defesa do Cidadão”



- Foram distribuídos 150 000 desdobráveis pelas lojas do cidadão de Aveiro, Braga e Viseu e postos de atendimento ao cidadão de Chaves, Guarda e Mirandela e através dos serviços de infomail dos CTT na cidade de Portalegre e nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.
- Em 2005 mais 1.000 000 de exemplares de um novo desdobrável serão distribuídos por outros distritos.

“O Provedor de Justiça na Defesa do Imigrante”



- Foram distribuídos 25.000 desdobráveis no Alto Comissário para a Imigração e Minorias Étnicas e Conselho Nacional de Educação, entre outros.



III.

Índices das recomendações

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Administração pública

Actividades ocupacionais utilizadas para necessidades permanentes dos serviços Proc. P-9/03; Rec. 4/B/2004	593
Aposentação compulsiva. Responsabilidade pelo pagamento da pensão transitória Proc. R-1521/03; Rec. 6/A/2004	558
Carreira de cozinheiro. Regime de transição, Omissão normativa Proc. R-3780/02; Rec. 2/B/2004	587
Concurso para provimento do lugar de chefe de divisão. Aviso de abertura Proc. P-1/04; Rec. 3/A/2004	67
Concurso de acesso para a categoria de técnico de diagnóstico e terapêutica principal. Abertura Proc. R-1496/02; Rec.12/A/2004	581
Pagamento de horas extraordinárias. Pessoal docente Proc. R-1880/04; Rec. 11/A/2004	577
Promoção de técnicos superiores habilitados com o curso de Estudos Avançados em Gestão Pública Proc. R-109/03; Rec. 6/B/2004	603
Suplemento de função inspectiva em situação de destacamento Proc. R-3694/03; Rec. 9/A/2004	934
Transição dos quadros de reserva para a reforma entre Jan 99 e Ago 2003. Militares. Diferenciação de tratamento Proc. R-3669/02; Rec. 11/B/2004	768

Custas judiciais

Prazo de validade dos cheques Proc. R-3469/03; Rec. 8/B/2004	757
---	-----



Direito Autárquico

Regime jurídico da venda ambulante. Regulamento municipal Proc. R-1123/03; Rec. 5/B/2004	748
---	-----

Direito do Consumo

Proibição de imposição e cobrança de consumos mínimos e de cauções. Serviço telefónico Proc. P-10/04; Rec. 10/B/2004	765
Reembolso de taxas de activação de chamadas telefónicas Proc. R-4227/03; Rec. 5/A/2004	296

Direito Processual Penal

Desconto da prisão preventiva. Indemnização por privação da liberdade no âmbito da prisão preventiva. Prazos de duração máxima da prisão preventiva no âmbito do concurso de infracções Proc. 19/94; Rec. 3/B/2004	729
Reclamação de objectos e quantias em dinheiro apreendidos no âmbito de processos criminais Proc. R-3469/03 e R-996/04; Rec. 8/B/2004	757

Educação

Seguro escolar Proc. R-3385/03; Rec. 4/A/2004	923
--	-----

Expropriações

Cálculo de indemnização por expropriação. Dedução do Imposto Municipal sobre Imóveis Proc. R-2579/03; Rec. 7/B/2004	751
Encargo com o pagamento de despesas inerentes ao recurso à arbitragem ou tribunais comuns quanto à fixação do valor inde- mnizatório em sede de expropriação amigável Proc. R-2579/03; Rec. 1/B/2004	727

Património arquitectónico

Execução de medidas de integração da legalidade Proc. R-2823/94; Rec. 7/A/2004	74
---	----

Procedimento administrativo

Audiência prévia Proc. R-1994/03; Rec. 10/A/2004	942
Princípio da Administração Aberta. Consulta de processo Proc. R-905/04; Rec. 8/A/2004	571

Reforma agrária

Indemnização definitiva. Impugnação contenciosa. Pagamento após o trânsito em julgado da decisão Proc. R-1923/04; Rec. 9/B/2004	763
--	-----

Urbanismo e obras

Demolição e reposição do local no estado originário por insusceptibilidade de legalização das obras Proc. R-3843/02; Rec. 13/A/2004	82
Estabelecimento de bebidas e restauração. Comportamento térmico e exaustão de fumos e gases Proc. R-3186/02; Rec. 1/A/2004	915

ÍNDICE NUMÉRICO DE RECOMENDAÇÕES

Rec-01/A/04 (R-02/3186)	915
Rec-01/B/04 (R-03/2579)	727
Rec-02/B/04 (R-02/3780)	587
Rec-03/A/04 (P-01/0004)	67
Rec-03/B/04 (P-94/0019)	729
Rec-04/A/04 (R-03/3385)	923
Rec-04/B/04 (P-03/0009)	593
Rec-05/A/04 (R-03/4227)	296
Rec-05/B/04 (R-03/1132)	748
Rec-06/A/04 (R-03/1521)	558
Rec-06/B/04 (R-03/0109)	603

Rec-07/A/04 (R-94/2823)	74
Rec-07/B/04 (R-03/2579)	751
Rec-08/A/04 (R-04/0905)	571
Rec-08/B/04 (R-03/3469; R-04/0996)	757
Rec-09/A/04 (R-03/3694)	934
Rec-09/B/04 (R-04/1932)	763
Rec-10/A/04 (R-03/1994)	942
Rec-10/B/04 (P-04/0010)	765
Rec-11/A/04 (R-04/1880)	577
Rec-11/B/04 (R-02/3669)	768
Rec-12/A/04 (R-02/1496)	581
Rec-13/A/04 (R-02/3843)	82

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE PROCESSOS

P-94/0019 (Rec-03/B/04)	729
R-94/2823 (Rec-07/A/04)	74
P-01/0004 (Rec-03/A/04)	67
R-02/1496 (Rec-12/A/04)	581
R-02/3186 (Rec-01/A/04)	915
R-02/3669 (Rec-11/B/04)	768
R-02/3780 (Rec-02/B/04)	587
R-02/3843 (Rec-13/A/04)	82
P-03/0009 (Rec-04/B/04)	593
R-03/0109 (Rec-06/B/04)	603
R-03/1132 (Rec-05/B/04)	748
R-03/1521 (Rec-06/A/04)	558
R-03/1994 (Rec-10/A/04)	942
R-03/2579 (Rec-01/B/04)	727
R-03/2579 (Rec-07/B/04)	751
R-03/3385 (Rec-04/A/04)	923
R-03/3469; R-04/0996 (Rec-08/B/04)	757
R-03/3694 (Rec-09/A/04)	934
R-03/4227 (Rec-05/A/04)	296
P-04/0010 (Rec-10/B/04)	765
R-04/0905 (Rec-08/A/04)	571
R-04/1880 (Rec-11/A/04)	577
R-04/1932 (Rec-09/B/04)	763

ÍNDICE DE ENTIDADES VISADAS

Câmara Municipal da Calheta (Presidente)	
Rec-05/B/04	748
Câmara Municipal de Castelo de Paiva (Vice-Presidente)	
Rec-03/A/04	67
Câmara Municipal de Lagoa (Presidente)	
Rec- 01/A/04	915
Câmara Municipal de Sintra (Presidente)	
Rec-13/A/04	82
Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Algarve (Presidente)	
Rec-06/A/04	558
Escola Secundária de Emídio Navarro (Presidente do Conselho Executivo)	
Rec-11/A/04	577
Governo Regional dos Açores	
Rec-04/A/04	923
Governo Regional dos Açores	
Rec-09/A/04	934
Instituto do Desporto de Portugal	
Rec-12/A/04	581
Instituto Nacional de Intervenção e Garantia Agrícola (INGA) (Presidente)	
Rec-10/A/04	942
Instituto Português do Património Arquitectónico (Presidente)	
Rec-07/A/04	74
Ministra da Justiça	
Rec-01/B/04	727
Ministra da Justiça	
Rec-03/B/04	729
Ministra da Justiça	
Rec-07/B/04	751
Ministra da Justiça	
Rec-08/B/04	757
Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas	
Rec-09/B/04	763
Ministro da Educação	
Rec-02/B/04	587

Ministro de Estado, das Actividades Económicas e do Trabalho	
Rec-10/B/04	765
Ministro de Estado, da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar	
Rec-11/B/04	768
Ministro da Segurança Social e do Trabalho	
Rec-04/B/04	593
PT Comunicações S.A. (Presidente do Conselho de Administração)	
Rec-05/A/04	296
Secretária de Estado da Administração Pública	
Rec-06/B/04	603
Secretário de Estado da Administração Local	
Rec-08/A/04	571

Publicações do Provedor de Justiça

- Relatórios do Provedor de Justiça à Assembleia da República, 1976 a 2004
- Menores em Risco numa Sociedade de Mudança, 1992
- XX Aniversário do Provedor de Justiça: Estudos, 1995
- 4.^a Mesa Redonda dos Provedores de Justiça Europeus, 1995
- 20 Anos do Provedor de Justiça, 1996
- Provedor de Justiça – 20.^o Aniversário 1975 – 1995: Sessão Comemorativa na Assembleia da República, 1996
- Relatório sobre o Sistema Prisional, 1996
- As Nossas Prisões: Relatório Especial do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1996, 1997
- Instituto de Reinserção Social: Relatório Especial à Assembleia da República, 1997, 1997
- Portugal: The Ombudsman/Le Médiateur: Statute/Statut, 1998
- A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem, 1998
- As Nossas Prisões – II: Relatório Especial do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1999, 1999
- O Provedor de Justiça Defensor do Ambiente, 2000
- Provedor de Justiça: Estatuto e Lei Orgânica, 2001
- O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, 2002
- Ombudsman: Novas Competências, Novas Funções: VII Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman, 2002
- Democracia e Direitos Humanos no Séc. XXI, 2003
- As Nossas Prisões – III Relatório, 2003
- O Provedor de Justiça e a Reabilitação Urbana, 2004
- O Exercício do Direito de Queixa como Forma de Participação Política, 2005
- O Provedor de Justiça: Estudos, 2005

