

**PROVEDOR
DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

INTERCALAR

1991

1 JANEIRO - 30 SETEMBRO



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
GABINETE DO PROVEDOR

RELATÓRIO DO
PROVEDOR DE JUSTIÇA



Senhor Presidente da Assembleia da República
Excelência

(I)

1. Não obstante a sua total independência, que a Constituição, no texto de 1989 (nº 3 do art. 23º), e o Estatuto constante da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, assinalam, deve o Provedor de Justiça enviar à Assembleia da República um relatório anual da sua actividade. Não se tratará, como já foi geralmente reconhecido, de uma prestação de contas, mas de uma interacção de valências institucionais, que, por certo, contribuirá para que a eficácia da actuação do Provedor se intensifique, através de uma produtente colaboração com o Orgão de Soberania ao qual mais estreitamente está ligado.

No entanto, nada obsta - e, por vezes, será útil e pertinente - que, para além desse Relatório anual, o Provedor apresente à Assembleia da República relatórios por assim dizer intercalares; não obedecendo à ritologia procedimental prevista nos artigos 262º e 263º do Regimento da Assembleia, o seu significado não será, apesar disso, de menor relevo, já que permitem à instituição parlamentar proceder a uma análise menos espaçada de problemas que



intercorrentemente se puseram ao Provedor.

2. Na actual circunstância dá-se o caso de estar prestes a findar a legislatura em que foi eleito o Provedor e em que foi, por unanimidade, aprovado o seu novo Estatuto.

E acontece que o tempo decorrido desde que este entrou em vigor permite já estabelecer um feed-back sobre os seus reflexos na realidade.

3. O traço mais marcante dos três primeiros semestres de 1991 foi a verdadeira explosão de queixas com que, em termos iniludíveis, os cidadãos indicaram a sua confiança no Orgão de Estado unipessoal que o Provedor perfigura. Os números que ao diante se indicarão são, na realidade, significativos.

Necessário é, porém, que essa confiança não resulte defraudada, quer por falta de capacidade de resposta da Provedoria, quer por falta de aceitação autêntica dos demais poderes públicos, da razão de ser e da intervenção em concreto do Provedor.

4. Está-se em crer que uma das motivações que subjazem ao apelo feito ao Provedor desponta da ainda não vencida lentidão e tendencial onerosidade da Administração da Justiça.

A simplificação processual, a informatização dos tribunais, a transferência que deverá ser feita de tarefas não jurisdicionais dos juizes para os funcionários de justiça, a renovação do equipamento



judiciário (desde logo através da dignificação e "operacionalização" das respectivas instalações), a difusão dos mecanismos arbitrais e a configuração de formas não jurisdicionais de composição de litígios - que tanto preocuparam o Ministério da Justiça desde 1985-1986, começando então a serem postas em acto - ainda não expurgaram a Justiça dos seus "clássicos" males.

Manda, porém, algum conhecimento do que se passa em países europeus próximos do nosso que nisso não estamos tristemente "sós" - e que a situação que nelas prevalece não é, de modo algum, satisfatória. O que, como é óbvio, não faz escamotear a agudeza dos pátrios males.

Ainda há pouco mais de um mês era noticiado em França que uma sondagem SOFRES promovida pelo Senado em Abril de 1991 revelava um panorama extremamente negativo: 78% de franceses pensam que a Justiça não cumpre bem o seu papel; as decisões são discutíveis (66%); a Justiça é demasiado cara (84%), de difícil acesso (85%) e demasiado lenta (97%). E mais, ou muito pior, do que isso: para 82% dos franceses a Justiça está excessivamente sujeita ao poder político (LE POINT, 24.8.1991).

O panorama não melhorou, assim, desde o relatório da Comissão que em 1982 foi criada para ajuizar do funcionamento e da gestão dos tribunais, que avultou, sobretudo, a lentidão da actividade judiciária. "(Ocorrem) intoleráveis atrasos na resolução dos processos. (...) As consequências são



evidentemente negativas: exasperação das partes, perda total da autoridade dos juizes, diluição ou extinção da pena, flagrante injustiça para certas categorias de litigantes (vítimas de danos, credores), desvio para circuitos diversos dos da Justiça" (André Pouille, Le Pouvoir Judiciaire et les tribunaux, 1985, p. 118). Significativamente, cotejando os resultados da sondagem levada a efeito pela SOFRES em 1991 e os realizados em 1977 e 1978, o panorama não melhorou. É que, como dá conta a revista POUVOIRS (nº 16, 1981. p.p. 64 e 90), as opiniões negativas eram em 1977 e 1978 respectivamente de 71% e de 86%.

O mesmo se dirá de Itália. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem emitiu (19.2.1991) quinze decisões contra esse país por violação do nº 1 do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (um dos processos chegou a demorar cerca de 13 anos e meio, outro mais de 12 anos e nove mais de 7 anos; Revue Universelle des Droits de l'Homme, 6.8.1991, p. 233). Plena actualidade mantém, pois, o negro quadro que Vassali (depois disso Ministro da Justiça) esboçou em Criminal law in action (obra colectiva, 1986, p. 271).

Em Espanha, para além da lentidão dos tribunais, o tema quente é, sobretudo, o das pressões (virtuais ou efectivas) do poder político sobre o poder judicial. 96% dos espanhóis consideravam em 1989 a Justiça lenta, 86% ineficaz, 52% injusta e 46% menos séria (El Mundo, 29.11.1989).



5. Como referi, as anomalias alheias não encobrem as que entre nós ocorrem. Continuo a acreditar que muito terá ainda de ser feito para modernizar a Justiça, como elemento nuclear que é de um Estado de Direito.

6. Mantem-se como preocupação maior a facilidade com que se continua a aplicar a prisão preventiva, que constitui uma forte limitação ao princípio da liberdade e ao da presunção da inocência. Isto não obstante o Código de Processo Penal ter posto cobro à espantosa figura dos "crimes incaucionáveis", revogando de imediato (ou seja, em Fevereiro de 1987) o Decreto-Lei nº 477/82, de 22 de Dezembro, e pondo desde logo em vigor o regime do art. 209º do Código (Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro). O ditame do nº 2 do art. 28º da Constituição não tem sido ouvido e há que preparar, mais do que normas legais, uma verdadeira reforma de mentalidades.

A prisão preventiva tem quase sempre o sentido real de uma pena antecipada, ou de um meio de pressão para obter uma confissão. Mirjan Berg, em Attendant la Justice (Bruxelas, 1985, maxime p. 15) elenca os efeitos extremamente negativos de tal medida de coacção, aliás por todos pressentíveis.

Entretanto, o Acórdão do S.T.A. de 9.10.1990 (na Revista de Legislação e de Jurisprudência, nº 3804, p. 77) cerceia, em termos de efectividade, a um ponto máximo, o direito a indemnização em caso de prisão preventiva, e, em geral, a responsabilidade do Estado por facto da função jurisdicional, o que parece menos certo, como justifica Gomes Canotilho na anotação a esse Acórdão.



(II)

7. O número de processos abertos na Provedoria em 1991, de 1 de Janeiro a 30 de Setembro, foi de 3.200.

No mesmo período de 1990 (1.1 a 30.9) esse número de 2.214.

Em todo o ano de 1990 o número de processos abertos foi de 3.117, ou seja menos do que nos três primeiros trimestres de 1991. E deverá ter-se em conta que a fase do ano em que mais processos mensalmente ingressam é a que imediatamente se segue ao período de Verão.

É, pois, de estimar que o número final de processos abertos em 1991 ronde os 5.000.

8. Em 1989 o número de processos abertos (durante todo o ano) foi de 2798.

9. O número de processos findos (arquivados) nos últimos anos foi o seguinte:

1985 - 1598 processos
1986 - 1440 processos
1987 - 2643 processos
1988 - 2275 processos
1989 - 2609 processos
1990 - 3271 processos
1991 - (até 30 de Setembro) -
- 3088 processos



10. Mas enquanto em 1985 foram movimentados (tratados) 4672 processos, esse número subiu em 1990 para 9876 e em 1991 (até 30 de Setembro) para 9805.

(III)

11. Não estava especificamente prevista no anterior Estatuto do Provedor de Justiça (Lei nº 81/77, de 22 de Novembro) a sua intervenção junto das Forças Armadas.

O art. 1º reportava-se apenas à Administração Pública.

E o nº 2 do art. 13º aludia ao livre acesso do Provedor "a todos os locais de funcionamento da Administração Central, regional e local, serviços públicos, empresas públicas e pessoas colectivas de direito público em geral".

O mesmo, sensivelmente, acontecia no nº 2 do art. 20º e, quanto ao dever de colaboração, nos nºs 1 e 2 do art. 27º.

12. No novo Estatuto (Lei nº 9/91, de 9 de Abril) diz-se, explicitamente (art. 2º), quanto ao âmbito de actuação do Provedor:

"As acções do Provedor de Justiça exercem-se, nomeadamente, no âmbito da actividade dos serviços da administração pública central, regional e local, DAS FORÇAS



ARMADAS, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionários de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público".

Está, no nº 2 do art. 149, estabelecido o livre acesso do Provedor de Justiça "a todos os locais de funcionamento da administração central, regional, local e institucional, serviços civis E MILITARES e demais entidades sujeitas ao controlo do Provedor de Justiça".

Pode, inclusivamente, efectuar, com ou sem aviso, visitas de inspecção aos estabelecimentos prisionais civis E MILITARES (al. a) do nº 1 do art. 21º).

Preceitua-se no art. 29º:

" 1- Os órgãos e agentes das entidades públicas, civis E MILITARES, têm o dever de prestar todos os esclarecimentos e informações que lhes sejam solicitadas pelo Provedor de Justiça.

2- As entidades públicas, civis e MILITARES, prestam ao Provedor de Justiça toda a colaboração que por este lhes for solicitada, designadamente informações,



efectuando inspecções através dos serviços competentes e facultando documentos e processos para exame, remetendo-os ao provedor, se tal lhes for pedido.

3- O disposto no número anterior não prejudica as restrições legais respeitantes ao segredo de justiça nem a invocação de interesse superior do Estado, nos casos devidamente justificados pelos órgãos competentes, em questões respeitantes à segurança, à defesa ou às relações internacionais.

4- O provedor de Justiça pode fixar por escrito prazo não inferior a 15 dias para satisfação do pedido que formule com nota de urgência.

5- O provedor de Justiça pode determinar a presença na Provedoria de Justiça, ou noutro qualquer local que indicar e que as circunstâncias justifiquem, de qualquer funcionário ou agente da entidade pública, mediante requisição à entidade hierarquicamente competente, ou de qualquer titular do órgão sujeito ao seu controlo, nos termos do artigo 2º, a fim de lhe ser prestada a cooperação devida.

6- O incumprimento não justificado do dever de cooperação previsto nos números 1, 2, 4 e 5 do presente artigo, por parte de



funcionário ou agente da administração pública central, regional e local, DAS FORÇAS ARMADAS, de instituto público (...), constitui crime de desobediência, sem prejuízo do procedimento disciplinar que no caso couber".

13. De tudo isto se extrai, sem réstea de dúvida, que o Provedor de Justiça pode actuar directamente junto de qualquer grau hierárquico das Forças Armadas, a não ser na hipótese prevista no nº 5 do art. 29º, em que pode optar pela requisição do militar ao órgão do qual ele dependa ou pela comparência deste próprio órgão, seja qual for o seu nível hierárquico.

Ou seja: no caso do nº 2 do mesmo art. 29º o Provedor de Justiça pode determinar directamente a prestação da cooperação devida, e aí estabelecida, sem ter que recorrer á via hierárquica superior.

À falta de cooperação, nos precisos termos em que fôr identificada, na moldura do preceito, desde que não justificada (e a justificação apenas poderá consistir na invocação, necessariamente fundamentada, de qualquer das situações arroladas no nº 3 desse art. 29º), faz preencher o tipo legal do crime de desobediência, previsto e punido no art. 388º do Código Penal.

14. O Provedor de justiça é, pois, agora configurado, concludentemente, como um Provedor das Forças Armadas - o que, por certo, nem sempre por



estás poderá ser compreendido. Tentará o Provedor, através de uma pedagogia promocional, que as Forças Armadas se adequem a esta nova realidade, no que contará, obviamente, com o conhecimento que os responsáveis destas nelas façam difundir, a fim de se evitarem colisões que afectarão, ingloriamente, o prestígio da instituição militar e do Orgão de Estado unipessoal, dotado de legitimidade democrática plena, que ele próprio é.

15.1. A instituição de Ombudsmen militares não é, aliás, uma "insólita" novidade do legislador português - embora aqui integrada na figura unitária do Provedor de Justiça.

Tem sedimentada tradição em países ocidentais como, designadamente, a Suécia e a Alemanha Federal.

15.2. Na Suécia foi instituído em 1915 um Militieombudsman (MO), designado pelo Parlamento e com a categoria de Juiz do Supremo Tribunal. Foi-lhe facultado efectuar inspecções, inquéritos e visitas; estas resultam, quase sempre, da sua própria iniciativa. Durante o ano o MO visita todas ou quase todas as unidades militares. Deverá ser um jurista (Hugo Kenkow, EL OMBUDSMAN DE ASUNTOS MILITARES, na obra colectiva de Daniel Rowat, EL OMBUDSMAN, trad. esp., México, 1973, maxime p. 91). Recebe queixas, controla o cumprimento das normas legais e de segurança, assegura os direitos fundamentais. Como salienta Kenkow quase sempre actua com base "em notícias que surgem na imprensa acerca de incidentes militares". Com base na notícia poderá, se o entender,



"pedir um relatório às correspondentes autoridades militares". Com base nesse relatório poderá, proceder a investigações, designadamente em caso de acidentes ocorridos com soldados ou outros militares (ob. cit. p. 94). A sua actividade não está restringida pelo segredo militar (p. 95).

Em 1967 o Parlamento reformulou o sistema global dos Ombudsmen suecos. O MO passou a ser um dos três Justitieombudsmen (JO), embora especificamente vocacionado para a área militar (Giuseppe de Vergottini, L' OMBUDSMAN PER GLI AFFARI MILITARI, na obra colectiva de Constantino Mortati, L' OMBUDSMAN, 1974, maxime p. 277).

15.3. Foi o Ombudsman militar alemão (federal) - GM - criado com base no aditamento do art. 56º b na Lei Fundamental, feito em 19.3.1956. A lei de 26.6.1957 disciplinaria o novo preceito constitucional.

É um alto comissário parlamentar, com categoria de ministro federal. A fiscalização que exerce, designadamente na tutela dos direitos fundamentais (são prevalentemente apontados o direito à vida, o direito à integridade pessoal e o direito à dignidade, a todos os demais subjacente). Representa a mais concreta expressão do controlo do poder militar pelo poder político, ao qual está subordinado (Vergottini, op. cit., p. 280).

Efectua, com ou sem aviso prévio, visitas de inspecção a qualquer sector das Forças Armadas; pode livremente optar por pedir informações verbais ou escritas ao ministro federal da Defesa ou a qualquer elemento militar, de qualquer grau, sem ter que o



fazer através de um prévio percurso interno das vias hierárquicas (Egon Lohse, na cit. ob. colectiva de Rowat, p.p. 170 e 174).

15.4. Comum aos sistemas sueco e alemão (para não aludir a outros, como os da Noruega e de Israel) é o intento de assegurar a tutela dos direitos fundamentais nas Forças Armadas, diluindo o seu espírito de corpo e a ideia que possam ter que o único poder institucional civil a que estarão sujeitos é o Governo.

A acção do Ombudsman militar - que, aliás, não tem a muito especial dignidade institucional do Provedor de Justiça português, que, sendo eleito pela Assembleia da República, não é um seu comissário, como acontece naqueles países - é aceite e respeitada com inteira naturalidade pelas Forças Armadas. Qualquer dificuldade que fosse por estas levantada à sua intervenção constituiria matéria de pública reprovação.

É de esperar, portanto, que o mesmo venha a acontecer em Portugal e que as Forças Armadas revelem que sabem respeitar - e, antes disso, conhecer - as leis da República.

O Provedor de Justiça é um órgão do Estado que não pode ser referido com alguma "indiferença" por responsáveis pelas Forças Armadas (embora fora do topo do respectivo ramo). E não é um serviço público, confundível com a Provedoria de Justiça, que é a sua estrutura de apoio técnico e administrativo.



(IV)

16.1. O funcionamento interno da Provedoria de Justiça, quer no aspecto técnico-jurídico, quer administrativo, foi objecto de especial atenção.

Considerarei que a intervenção de demasiados graus de "jurisdição" (usada a expressão em sentido obviamente não rigoroso) em cada processo seria uma das causas do arrastar, muitas vezes por tempo desajustado, da intervenção final do Provedor. Isto pondo de remissa os muitos casos em que logo desde o início chamei a mim o estudo, preparação e textualização da posição assumida.

De qualquer modo, nos restantes casos (que eram, logicamente, em maior número) ocorria esta situação, que descrevi no meu despacho de 17.4.1991:

"Os processos são examinados, já na fase preparatória da decisão, e ultrapassado o seu acolhimento liminar, por um Assessor (que é, naturalmente, um técnico qualificado), por um Coordenador (que, além disso, e na circunstância presente, é um magistrado judicial), por um Provedor-Adjunto e, finalmente, pelo Provedor. Como é óbvio, e por maior que seja a diligência posta por cada um dos elos desta complexa cadeia, os processos tendem a arrastar-se. E os resultados estão à vista. Os atrasos acumulados só penosamente virão a ser recuperáveis. Uma orgânica pesada e ineficiente afoga a



criatividade, a flexibilidade e a aptidão global da Provedoria. Há que inovar e que dar um novo sentido ao funcionamento das actuais estruturas".

Daí que tenha propendido para que na generalidade dos casos fosse adoptada uma trilogia simplificadora:

Assessor - Coordenador - Provedor.

Nos Provedores-Adjuntos passaram a ser delegadas tarefas específicas, entre as quais a orientação de algumas áreas mais concretas, como, por exemplo, as respeitantes a questões de Segurança Social e da Função Pública, embora com a decisão final a cargo do Provedor, e sem prejuízo de ele, logo de início ou em qualquer fase da tramitação dos processos, avocar os correspondentes processos.

16.2. Ponderei no mesmo despacho de
17.4.1991:

"Em diverso plano considero inteiramente pouco conveniente a existência de compartimentações rígidas de actuação dos Senhores Assessores. Pela sua qualificação deverão eles dispor de uma polivalência tendencialmente especializada, mas não uma especialização exclusiva. Caberá aos Senhores Coordenadores (obviamente que em desejável diálogo com os Senhores Assessores) a distribuição dos processos, sem que isso, logicamente, implique uma discriminação positiva, que sobrecarregue os que porventura revelam maior disponibilidade".



16.3. Surtiu a nova metodologia resultados concludentemente positivos, tendo o escoamento dos processos passado a ser feito com muito maior celeridade.

17. Tenho intentado promover o público reconhecimento institucional do órgão de Estado que transitoriamente perfiguro.

O que, manda a verdade dizer, nem sempre tem sido tarefa fácil.

Quanto aos "consumidores" do produto que o Provedor de Justiça faculta - a tutela da dignidade e dos direitos e valores fundamentais e o controlo do exacto funcionamento do aparelho do Estado - o problema quase não existe. Mesmo quando não sabem com nitidez o que é a instituição, apercebem-se os cidadãos de que ela pode ser o último reduto da defesa dos seus interesses. E isso é o bastante.

Ao nível superior do Estado - Orgãos de Soberania (e penso sobretudo nos orgãos políticos) - a questão também não se tem colocado, em termos de relacionamento, pelo menos nos tempos mais chegados. Preciso: em termos de relacionamento, já que quanto ao fundo de algumas questões mais significativas as razões aduzidas pelo Provedor nem sempre terão sido adequada ou cognitivamente consideradas. Isto é referido com a nota adicional, insistentemente reiterada, de que o Provedor nem se supõe detentor de verdades com o peso de dogmas, nem nunca se pretendeu substituir aos centros naturais de decisão.

Entretanto, uma caudalosa fonte de incompreensões e dificuldades de correcto



relacionamento surgirá, sem dúvida, dos escalões intermédios (nem de todos, obviamente) da actividade pública. Aí o Provedor de Justiça, que não manda nesses escalões, ainda hoje não está isento de ser tratado como um médio funcionário, com quase caricatural preterição da mais elementar ortodoxia institucional. A tendência é, no entanto, para a ultrapassagem deste negativo estado de coisas e, aqui, o actual Provedor legará ao seu sucessor um consistente património, sem que para tal tenha desencadeado uma cruzada de "bons modos" ou criado arestas conflituais.

18. Tem o Provedor uma perspectiva não mediana do seu cargo e da acção da Provedoria que técnica e administrativamente o apoia, e que com ele muito naturalmente é confundível. Não se sente um figurante da vida pública portuguesa, mas um protagonista, bem ou mal tolerado; não reluta em dizer isto com todas as letras e para todos os efeitos.

Dotado de plena legitimidade democrática e apoiado num pressuposto institucional que lhe atribuem um estatuto de natural relevo, não se sente na necessidade de pedir "favores", nem consente que a Provedoria desenvolva uma actividade "mendicante". Mas ao invés, é absolutamente contrário a comportamentos excessivos ou desproporcionados. A firmeza no bom-senso é um padrão de referência adoptado contra ventos e marés.

E o certo é que tal prática tem conduzido a resultados abertamente positivos. Designadamente nos ultimos meses tem-se verificado um crescendo de recomendações ou reparos acolhidos, como o relatório anual confirmará com a objectividade dos números.



(V)

19. No plano administrativo, o bem compreendido sentido de cooperação revelado pelo Ministério das Finanças (sem que isso tenha significado o reforço de meios financeiros para além dos orçamentados) permitiu, além do mais, que à Provedoria tenha sido cedido, para utilização a título gratuito, um espaçoso andar num prédio do Património do Estado, em local muito próximo das actuais instalações, e que já tenha sido autorizada a cedência de um outro andar no mesmo prédio.

Após a realização das obras de conservação e adaptação dos dois andares (para o que vai ser aberto o necessário concurso de adjudicação), poderá a Provedoria desdobrar as instalações actuais, transferindo para o novo prédio uma parte dos seus serviços. É de prever que essa transferência se operará no 1º trimestre de 1992.

20. Durante o corrente ano publicou o Provedor duas colectâneas com intervenções das que pessoalmente elaborou:

- OS DIREITOS DAS PESSOAS E O INTERESSE GERAL
- UMA PERSPECTIVA DE ACTUAÇÃO

Creio que não será agora caso de reproduzir neste relatório intercalar, e necessariamente sumário,



algumas delas, embora produzidas em 1991.

21. Obviamente que também apenas se arquivam alguns dos despachos e sumários de caso tratados em 1991 - até 30 de Setembro.

Dir-se-à que se pretende apenas dar uma ideia, quase que por "amostragem", do tipo de actuação agora desenvolvida pelo Provedor - ou, sob a sua orientação, pela estrutura orgânica que o apoia (Provedoria de Justiça).

22. É pressentível que ainda durante este ano de 1991 poderão vir a suscitar-se questões que terão a ver com a própria essência do Órgão de Estado que é o Provedor de Justiça.

Assim, e designadamente, o entendimento que por alguns sectores das Forças Armadas poderá vir a ser dado à nova frente de actuação inequivocamente modelada pelo Estatuto do Provedor de Justiça de 1991 (Lei nº 9/91).

Porque se tem como evidente que o art. 29º dessa Lei não é derogável pelo critério de cada um, caberá aos Órgãos de Soberania competentes ajuizar do seu sentido útil e decisivo. É o que fundamentalmente se espera do Governo, através do Ministro da Defesa Nacional, e, como instância de controlo, da Assembleia da República (nº 2, alínea a), do art. 40º da Lei nº 29/82, de 11 de Dezembro).



Evitará o Provedor de Justiça desencadear situações de colisão frontal; só que, de igual passo, não se acomodará a que de lei clara e expressa possa vir a ser feita tábua rasa. Portugal é um Estado democrático de Direito.

Tem-se como apodítico que o art. 33º daquela Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas, cujo nº 2 é, aliás, de duvidosa constitucionalidade, nada tem a ver com a previsão do art. 29º do Estatuto do Provedor.

Aquele nº 2 do art. 33º da Lei nº 29/82 reporta-se às queixas dos elementos das Forças Armadas feitas ao Provedor. Este art. 29º do Estatuto de 1991 (Lei nº 9/91) tem a ver com o dever de cooperação, minuciosamente regulado, dos "orgãos e agentes das entidades públicas, civis e militares" (em absoluto pé de igualdade) em relação ao Provedor.

Os destinatários da restrição constante do nº 2 do art. 33º da Lei nº 29/82 são os elementos das Forças Armadas, quando pretendem exercer o seu direito de petição individual perante o Provedor. A detida análise dessa restrição está feita na comunicação que apresentei, em 25 de Janeiro de 1991, no Seminário Internacional sobre as Forças Armadas num Estado de Direito, promovido pela Fundação Friedrich Naumann (transcrita no livro UMA PERSPECTIVA DE ACTUAÇÃO, p.p. 48 - 58, e agora aqui também reproduzida).

O art. 29º da Lei nº 9/91 situa-se numa esfera de intervenção totalmente diversa. A abrogação



prática desse preceito constituiria uma irremissível ilegalidade e uma afronta ao sistema de direito editado pelo Órgão de Soberania ao qual prioritariamente cabe o poder legislativo: a Assembleia da República.

Lisboa, 4 de Outubro de 1991

Mário Raposo
Provedor de Justiça



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
GABINETE DO PROVEDOR

RELATÓRIO DO
PROVEDOR DE JUSTIÇA



Senhor Presidente da Assembleia da República
Excelência

(I)

1. Não obstante a sua total independência, que a Constituição, no texto de 1989 (nº 3 do art. 23º), e o Estatuto constante da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, assinalam, deve o Provedor de Justiça enviar à Assembleia da República um relatório anual da sua actividade. Não se tratará, como já foi geralmente reconhecido, de uma prestação de contas, mas de uma interacção de valências institucionais, que, por certo, contribuirá para que a eficácia da actuação do Provedor se intensifique, através de uma producente colaboração com o Orgão de Soberania ao qual mais estreitamente está ligado.

No entanto, nada obsta - e, por vezes, será útil e pertinente - que, para além desse Relatório anual, o Provedor apresente à Assembleia da República relatórios por assim dizer intercalares; não obedecendo à ritologia procedimental prevista nos artigos 262º e 263º do Regimento da Assembleia, o seu significado não será, apesar disso, de menor relevo, já que permitem à instituição parlamentar proceder a uma análise menos espaçada de problemas que

**DESPACHOS
DO PROVIDOR DE
JUSTIÇA**

INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO
DE INDEMNIZAÇÕES DE BENS NACIONALIZADOS?

O PROVEDOR DE JUSTIÇA, exercendo a competência que lhe resulta da alínea d) do nº 2 do art. 281º da Constituição, e nos termos do nº 1 do art. 51º da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, requer ao Tribunal Constitucional a apreciação e declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas ao diante especificadas do Decreto-Lei nº 322/91, de 6 de Setembro, do Decreto-Lei nº 528/76, de 7 de Julho, da Lei nº 80/77, de 26 de Outubro, e do Decreto-Lei nº 51/86, de 14 de Março, fundando-se no seguinte:

OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

1

Passa como moeda corrente que as decisões de rejeição ou de não acolhimento da inconstitucionalidade podem ser alteradas ou reformadas a todo o tempo, por não serem dotadas de força obrigatória geral.

2

Quer o Tribunal Constitucional, com ou sem a mesma composição, quer qualquer outro Tribunal, em acto de fiscalização concreta, pode julgar em sentido diverso, e até oposto, com fundamento nas razões anteriormente arguidas, ou em quaisquer outras razões.

3

O que assim se sublinha está referido, sem discrepância, na doutrina (por ex., Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, II, 2ª ed., 1983, p. 382, Marcelo Rebelo de Sousa, As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal, na Revista da Ordem dos Advogados - R.O.A., 1989, p. 369 e segs, maxime p. 384, e autores aí citados, Oliveira Ascensão, Nacionalizações e inconstitucionalidade, em Estudos sobre expropriações e nacionalizações, 1989, maxime p. 233).

4

Deste modo, e não obstante ter sido o então Provedor de Justiça - mas o mesmo Órgão do Estado - a suscitar a problemática que culminou no Acórdão nº 39/88, de 9.2.1988, do Tribunal Constitucional, não está agora, inibido de, tendo embora proximamente em conta o Decreto-Lei nº 322/91, suscitar a reapreciação e o pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas anteriores já antes consideradas.

Certo é que, se bem que secundando a posição assumida, sem dissonância, pela doutrina (e pelo próprio Tribunal Constitucional), Gomes Canotilho, ao ponderar não se poder falar, em rigor, de força de caso julgado da decisão de não declaração da inconstitucionalidade, pondera: "... a não declaração carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a repropositura de uma acção directa (fiscalização abstracta) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos, por via incidental" (Direito Constitucional, 4ª ed, 1986, p.p. 820).

Só que não se afigura ser de atribuir relevo material ou intencionalidade específica à expressão "por outras entidades", que a ser tomada ao pé da letra coarctaria (ou, pelo menos, desaconselharia) o Provedor de Justiça de repropor questões já malogradamente equacionadas por um antecessor (que é o mesmo Órgão de Estado ...).

E penso assim porque não faria sentido que na procura da ortodoxia constitucional - que é uma meta de interesse público - se individuassem as entidades que a podem desencadear.

Depois, porque o iter argumentativo agora percorrido é substancialmente diverso do adoptado anteriormente, e por ele nem sequer inspirado, embora, como é óbvio, coincidindo nalguns segmentos que irmanam, aliás, a doutrina hoje largamente dominante.

O SISTEMA DO
DECRETO-LEI Nº 322/91

Editado no uso da autorização legislativa contida na Lei nº 40/91, de 27 de Julho, o "novo regime" de fixação das indemnizações parecia destinado a pôr termo às fundas, e fundamentadas, dúvidas e inconformidades despontadas do sistema iniciado com o Decreto-Lei nº 528/76 e com a Lei nº 80/77.

Tem-se, na verdade, como seguro que, embora a Constituição ainda agora relegue para o legislador comum "os critérios de fixação" da indemnização correspondente à apropriação colectiva dos meios de produção (art. 83º), o "processo calculatório" (para usar da curiosa terminologia do preâmbulo daquele Decreto-Lei nº 322/91) terá que conduzir à atribuição de uma "justa indemnização", em homenagem ao direito de propriedade privada consagrado no art. 62º, nº 1, da Lei Fundamental.

11

Certo é que assim não o entendeu o Tribunal Constitucional, no aludido Acórdão nº 39/88, louvando-se, em essência, na distinção conceitual entre expropriação e nacionalização.

12

Será a nacionalização um acto político, com carácter excepcional, impellido por razões ideológicas. E daí que o nº 2 do art. 62º da Constituição somente preveja o pagamento da justa indemnização para o instituto expropriativo. Isto na letra da norma.

13

Há, no entanto, que precisar.

14

Eu mesmo, referindo, além do mais, o agora tão citado Katzarov (Théorie de la Nationalisation, 1960, maxime p.p. 213-214), configurava em 1972 que, quando despontada de razões ideológicas, à nacionalização pudesse corresponder apenas uma indemnização parcial (R.O.A., 1972, p.p. 245-262).

15

Só que a tal ideia terá de ser aditada uma outra: a de que essa indemnização parcial só terá

lógica e coerência se o circunstancialismo ideológico prevalecente ao tempo da nacionalização subsistir no momento em que a indemnização venha a ser efectivamente computada e atribuída. Isto é fundamental e não tem sido devidamente evidenciado.

16

Ora a fase das nacionalizações (que teve o seu momento álgico nas decorrências do "11 de Março") reflectia um processo "revolucionário" - em que flancos positivos (não nesta área) ombrearam com aspectos carregadamente negativos.

17

A ideologia subjacente ao "processo calculatório" (sic) das indemnizações já não é a do "processo revolucionário", mas a de um Estado de Direito normalizado e consonizado com o espaço comunitário em que se insere.

18

Até 1982, designadamente, vigorou o "espantoso" nº 2 do art. 82º da Constituição, que permitia que a lei determinasse "que as expropriações de latifundiários e de grandes proprietários e empresários ou accionistas" não desse lugar "a qualquer indemnização". Logo em 29.10.1976, falando então como Bastonário da Ordem dos Advogados, adverti que o "juízo selectivo da História (começava) a

encarregar-se de mostrar" a anomalia daí emergente (R.O.A, 1977, maxime p. 89).

19

Por outro lado, vistas bem as coisas, uma indemnização parcial, equivale a um confisco parcial. Incorrendo embora no risco de me invocar demasiado - o que faço para denotar o que de incomportável há numa indemnização parcial (seja como contrapartida de uma expropriação, seja como resultado de uma nacionalização) - recorrerei à imagem que utilizei em 1972 (R.O.A., maxime p. 249): se um bem (no caso era um prédio) vale 100 e se, através deste ou daquele critério regulamentar, lhe é atribuído o valor de 10, o que daí advem é um confisco quanto a 90% do seu valor.

20

Mas então, a ser assim, como se justifica que o nº 2 do art. 62º da Constituição ainda hoje se reporte apenas ao instituto expropriativo e não ao da nacionalização?

21

A resposta estará em que a Constituição não estabelece, ela própria, uma diferenciação dogmática entre os dois institutos.

Isto mesmo se recolhe da nova redacção (a de 1989) dada ao nº 2 daquele art. 62º. Nas redacções anteriores exceptuavam-se da regra da justa indemnização "os casos previstos na Constituição", que seriam os dos artigos 87º e 88º, que mais se aproximariam, numa oscilante anfibologia, de hipóteses de nacionalização (sobretudo o do art. 87º).

Ora a realidade é que a ressalva contida no nº 2 do art. 62º foi suprimida em 1989 (como o anterior art. 88º), embora remanescendo o anterior art. 87º, agora com diferente redacção e como art. 89º.

Tudo isto serve para demonstrar que o actual art. 83º não pode dissentir do critério nuclear da garantia da propriedade privada, que se exprime, além do mais, na hipótese da transferência forçada de um bem privado para o Estado, numa conversão de valores patrimoniais, através da justa indemnização.

Os "critérios" a que o art. 83º da Constituição se reporta são, pois, meramente

instrumentais, "destinados a suprir a falta de indemnização prévia e a tornar mais ágil (e) adequada a fixação da indemnização justa" (Oliveira Ascensão, est. cit., p. 240).

26

Esta terá de conduzir à reposição actual no património daquele que foi objecto de uma apropriação estatal dos seus bens do respectivo valor integral.

27

Ora, para além do mais, é sabido que este não pode ser apenas apurado através de critérios tabelares e formalizantes, mas com apelo a regras substanciais de justiça: ora o retardamento verificado nas operações de aplicação dos mecanismos do Decreto-Lei nº 528/76 e legislação subsequente esvaziaram em decisiva medida de sentido o princípio da justa indemnização.

28

O resultado obtido foi, em muitos casos, por completo desproporcionado e irrisório - face aos atrasos verificados na fixação dos valores definitivos para as indemnizações respeitantes a numerosas empresas, atrasos esses que, aliás, o Acórdão nº 39/88

reconheceu, embora sem que de tal condicionalismo tivesse retirado a consequência que, salvo melhor opinião, deveria ter extraído.

29

Não permitindo que se lance mão de qualquer dispositivo correctivo dos valores apurados, o "processo calculatório" (sic), desdobrado nos artigos 1º a 7º do Decreto-Lei nº 332/91 é, assim, inconstitucional.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL

30

Alterando substancialmente o regime anterior, que provinha, com vicissitudes várias, da Lei nº 80/77, o Decreto-Lei nº 332/91 atribui ao Ministro das Finanças, apoiado no parecer de uma comissão mista (que tem um significado meramente processual, de arbitramento não vinculante), competência para fixar, por despacho definitivo, o valor da indemnização.

31

Tem-se como flagrante que, desta sorte, violado fica o nº 2 do art. 205º da Constituição, na medida em que se comete ao Governo uma função caracterizadamente jurisdicional.

É aos tribunais que cabe dirimir os conflitos de interesses públicos e privados; a imparcialidade dos tribunais não se parifica com aquela que a Administração recomenda o nº 2 do art. 266º da Constituição, o mesmo sucedendo com a justiça que de ambos os poderes do Estado se espera.

Como sublinhei no Boletim do Ministério da Justiça (nº 348, p. 12), invocando, até certo ponto, Vieira de Andrade, a imparcialidade administrativa visa assegurar a igualdade de todos os cidadãos face à realização do interesse público; é uma imparcialidade relativa, orientada para a prossecução final dos interesses da Administração.

Daí que possa ser uma imparcialidade parcial, já que nela a Administração é parte; o interesse público pode conflitar (e neste domínio quase sempre conflita) com os interesses privados.

Noutro texto que o mesmo Boletim arquiva (p. 6) referi o que agora ganha intensificada pertinência:

"Pressentiam já os romanos que não há direito sem juiz possível; é através dele - e hoje mais do que nunca - que a lei se transmuda de fórmula nominal em acto de Direito e que, a partir deste, a Justiça se torna apreensível e compreensível. Os tribunais, pela actividade judiciária, dão força de legitimidade ao texto legislativo; re-dimensionam, à medida das pessoas, as categorias friamente lógicas e abstractas. É dessa mediação promocional que advem, coerentemente, a ordem jurídica. Se ao juiz não pertencerá, por certo, criar a lei, caber-lhe-á, seguramente, justificar o Direito, numa intransferível vocação de descoberta ("Rechtsfindung") da sua decisiva intencionalidade. Resulta a identidade da norma da decisão judicial; precisarei, por isso, que esta será o acto normativo mais imediato (...). Ao transpor as normas gerais para os casos da vida, o juiz configura normas jurídicas individuais (...)"

36

Não poderão, pois, outros órgãos do Estado exercer a função jurisdicional.

37

Claro está que do despacho definitivo do Ministro das Finanças caberá recurso contencioso, que cobre uma das vertentes da garantia da via judiciária.

Só que essa garantia não corresponde ao princípio da reserva de jurisdição de que só os tribunais são detentores. Ela importaria que, como acontece com as expropriações, fossem os tribunais a fixar o quantum das indemnizações.

É o contencioso administrativo um contencioso de anulação, e não de plena jurisdição, e apenas pode declarar ilegal o acto administrativo em que se traduz o despacho do Ministro das Finanças.

Isto não obstante a amplificação por alguns entrevista no contencioso de anulação, que no tocante aos actos discricionários poderá assentar, virtualmente, na violação do princípio da justiça, ou seja, do mau exercício pela entidade recorrida dos poderes legais, inquinando o acto do vício de violação da lei (Freitas do Amaral, Direitos fundamentais dos administrados, em Nos dez anos da Constituição, maxime p. 20).

De qualquer modo, a margem de sindicabilidade será sempre restrita: o exercício do poder jurisdicional primário é cometido ao Governo.

42

O que transgride (artigos 8º e 9º do Decreto-Lei nº 332/91) a Constituição, como bem se evidenciou no Acórdão do S.T.A. de 13.11.1980, na Revista de Legislação e da Jurisprudência, nº 3688, p. 217 - com anotação concordante de Afonso Queirós (p. 224).

43

Curioso é salientar que o sistema tem vindo, desde a Lei nº 80/77, sempre a retroceder, na sua comportabilidade constitucional.

44

Realmente, esta lei previa um regime alternativo de acesso aos tribunais comuns, de recurso para a comissão arbitral ou directamente para o S.T.A. e de recurso da comissão arbitral para o S.T.A.

45

O Decreto-Lei nº 343/80, ao dar ao art. 16º daquela Lei uma nova formulação, conferiu aos particulares, além da via jurisdicional comum ("recurso para outras instâncias competentes"), a possibilidade de requerer ao Ministro das Finanças a constituição de uma comissão arbitral para resolver "quaisquer litígios relativos à titularidade do direito à indemnização e à sua fixação, liquidação e efectivação".

46

Sõ que as decisões das comissões arbitrais - que eram órgãos caracterizadamente jurisdicionais - para ganharem validade teriam que ser homologadas por despacho do Ministro das Finanças, o que era fonte das mais justificadas interrogativas, no plano dogmático.

47

Esta homologação administrativa de uma decisão jurisdicional era patentemente inconstitucional e, numa perspectiva doutrinal, um completo absurdo.

48

Neste aspecto, o actual sistema - o do Decreto-Lei nº 332/91 - é, em alguma medida, mais lógico, já que as comissões mistas não são, de todo em todo, órgãos jurisdicionais, emitindo meros pareceres, ou juízos opinativos, como elemento prévio de uma decisão administrativa materialmente definitiva.

49

De qualquer modo, no sistema anterior ocorria a interferência, no iter decisório, de um órgão jurisdicional, o que esbatia a secura do procedimento administrativo tout court, que nem sequer é agora dotado, antes da prolação do acto administrativo, de um juízo de natureza jurisdicional, embora com a aduzida limitação ou incongruência.

E o Decreto-Lei nº 332/91 expurga por completo da apreciação casuística dos critérios legais os meios jurisdicionais comuns.

Certo é que se trata de uma reapreciação de valores já fixados. Mas o Ministro das Finanças não actua, obviamente, como uma instância de recurso (dele próprio?) - mas em ordem à fixação de um novo valor de indemnização (art. 8º, nº 2). Tudo volta, pois, ao início.

E de modo algum se poderá chamar à colação a abertura que o nº 4 do art. 205º da Constituição, no texto de 1989, perspectiva quanto à possível criação, pelo legislador comum, de "instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos".

Em abertura ajustar-se-á somente a bem contadas hipóteses de composição informal de litígios, através de mecanismos que não relevam do normal fluir da função jurisdicional; o que estará então em causa será uma justiça de conciliação, uma "tecnologia prática" de harmonização de conflitos em áreas específicas, como as relações de consumo. Será,

até certo ponto, uma laicização da Justiça, envolvendo, participativamente, as pessoas na resolução, sem qualquer ritologia formalizante, dos seus próprios casos.

54

A tais mecanismos me referia antes da 2ª. revisão constitucional e, já no seu decurso, em declaração de voto aquando do debate em plenário: "A participação possível e socialmente útil dos cidadãos na composição dos seus próprios diferendos poderá estar em algo de semelhante ao que o PCP propõe no nº 2 do artigo 206º do seu projecto de revisão - "a lei pode admitir a existência de formas não judiciais de composição de conflitos, desde que (...) as suas decisões sejam sempre recorríveis para os tribunais" (Diário da Assembleia da República, I Série, 23.7.1982, p. 5303).

55

E patente que a história e a ratio do preceito revelam, com flagrância, que ele não se aplica, nem ao de longe, no presente circunstancialismo.

A LEGISLAÇÃO ANTERIOR

56

De tudo o que acaba de ser ponderado advem que toda a legislação revogada pelo art. 12º, nº 1, do

Decreto-Lei nº 332/91 se encontra ferida de inconstitucionalidade, não podendo ser repristinada.

57

Assim os artigos 1º a 7º do Decreto-Lei nº 528/76, de 7 de Julho, os artigos 14º e 16º da Lei nº 80/77, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 343/80, de 2 de Setembro, e o Decreto-Lei nº 51/86, de 14 de Março - bem como, em decorrência disso, os diplomas mencionados nas alíneas c), d), e) e g), desse art. 12º, nº 1.

58

Não se arguiu, de novo, a inconstitucionalidade dos artigos 22º e 39º da Lei nº 80/77 (o 1º na redacção do Decreto-Lei nº 343/80 e da Lei nº 36/81, de 31 de Agosto), e dos diplomas de aplicação do 2º (Decreto-Lei nº 195/79, de 29 de Junho, e Decreto-Lei nº 31/80, de 6 de Março), por três essenciais razões.

59

Primeiro, por estarem fora do desígnio determinante do pedido que agora se formula, o qual tem a ver, essencialmente, com a transgressão do princípio de que a função jurisdicional cabe aos tribunais e com a preterição da regra da justa indemnização, no sentido atrás perfigurado.

60

Depois, porque as soluções neles contidas, a serem agora fulminadas de nulidade, fariam perigar os valores, não menos fundamentais, da confiança na ordem jurídica e da segurança e certeza do Direito.

61

Finalmente, porque a motivação contida no Acórdão nº 39/88 não deixa de ser consistente e atendível.

62

Aliás, por exemplo Oliveira Ascensão, com a sua voz autorizada, não deixa de considerar insindicável o sistema do art. 22º, por se tratar de um "regime de privilégio de entidades que merecem ser particularmente protegidas", e que em nada contradiz, portanto, o princípio da igualdade (est. cit., p. 256).

63

Isto ao mesmo tempo que não se conforma com a solução do art. 39º.

EM CONCLUSÃO

64

O novo regime do Decreto-Lei nº 332/91, publicado a partir da autorização concedida pela Lei nº 40/91, não contribui, em nada, para fazer convalescer o anterior regime das anomalias constitucionais que o inquinavam.

65

Realmente, os artigos 1º a 7º violam a protecção constitucional do direito de propriedade (nº 1 do art. 62º) e o princípio da justa indemnização, que não vale apenas para o instituto expropriativo, ao contrário do que numa interpretação estrita e meramente gramatical poderia resultar do nº 2 desse art. 62º.

66

E os artigos 8º a 11º transgridem a regra de que a função jurisdicional cabe, em exclusivo, aos tribunais (nº 2 do art. 205º da Constituição).

67

É apodítico que, com a eventual queda do novo sistema, não deverá ressurgir, por reprivatização, a legislação expressamente revogada no art. 12º do mesmo Decreto-Lei nº 332/91, que sofre dos mesmos males, como neste artigo se demonstrou.

A inconstitucionalização deverá, pois, abarcar todo o sistema - o novo e o revogado naquele art. 129.

É o que se espera, por apego aos interesses, valores e regras constitucionalmente inscritos.

RECOMENDAÇÃO LEGISLATIVA

(Sobre a intervenção dos trabalhadores nos órgãos
sociais de sociedades de capitais
maioritariamente públicos)

(I)

1.1. Sob impulso de uma reclamação que me foi apresentada pela Comissão de Trabalhadores da RNIP-Rodoviária Nacional, Investimentos e Participações, S.A., suscitei a questão da inconstitucionalidade de algumas normas do Decreto-Lei nº 12/90, de 6 de Janeiro, que transformara a empresa pública Rodoviária Nacional, E.P., naquela sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.

Além do mais estava em causa o incumprimento, pelo Decreto-Lei (e pelos Estatutos que aprovou), das injuntivas regras da alínea f) do nº 5 do art. 54º e do art. 90º da Constituição.

Deu a reclamação entrada na Provedoria de Justiça em Março de 1991 (proc. nº 676/91) e nesse mesmo mês eu próprio elaborei o pedido de declaração de inconstitucionalidade, que logo ingressou no Tribunal Constitucional.

1.2. Deu-se o caso de em 3 do corrente mês me ter sido formulada uma reclamação do mesmo sentido

pela Comissão de Trabalhadores da TAP (proc. nº 2863/91). Face ao sistema agora mais flexível e expedito do funcionamento da Provedoria de Justiça, de imediato tomei conhecimento da reclamação, que assim não foi tabelarmente sujeita a estudo prévio dos meus colaboradores - aliás necessário em muitas outras circunstâncias, quando eu o determino.

O que está em jogo é a violação dos mesmos preceitos constitucionais pelo Decreto-Lei nº 312/91, de 17 de Agosto.

Diz-se no respectivo preâmbulo, aliás muito sumário, que, tendo em atenção o disposto na Lei nº 11/90, de 5 de Abril, visa aquele Decreto-Lei nº 312/91 alterar a natureza jurídica da empresa pública TAP, "convertendo-a de pessoa colectiva de direito público em pessoa colectiva de direito privado, com o estatuto de sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos".

Observa a Comissão de Trabalhadores que nos estatutos aprovados por esse diploma não se prevê a representação dos trabalhadores nos respectivos órgãos sociais; ora a "conversão" operada não expulsa a empresa do sector público.

É de sublinhar que, nos termos do nº 2 do art. 4º dos Estatutos da TAP, S.A., "serão obrigatoriamente da titularidade do Estado ou de outras entidades pertencentes ao sector público as acções representativas de, pelo menos, 51% do capital social em cada momento existente" - o que é assegurado pela nominatividade imperativa de tais acções (nº 3 do

mesmo art. 4º).

1.3. Num levantamento que, face a este condicionalismo, mandei efectuar, dois outros processos me foram presentes com análoga configuração: um suscitado pela Comissão de Trabalhadores da Petrogal, S. A (proc. nº 1231/89) e outro pela Comissão de Trabalhadores da Siderurgia Nacional (proc. nº 1790/91).

No 1º, que dera entrada na Provedoria de Justiça em Maio de 1989, põe-se em causa o Decreto-Lei nº 103-A/89, de 4 de Abril, que transformou a empresa pública Petrogal "em pessoa colectiva de direito privado, sob a forma de sociedade anónima, com maioria de capitais públicos" (nº 1 do art. 1º). Foi o processo remetido por um dos Senhores Provedores-Adjuntos, em Julho de 1989, a um dos Senhores Coordenadores, que o distribuiu a um Senhor Assessor. A orientação seguida foi, ao que agora constato, a de não se arguir a inconstitucionalidade do diploma - questão que, aliás, não foi posta pela Comissão de Trabalhadores. Antes se optou por estabelecer contacto com o Conselho de Gerência da Petrogal no sentido de este promover sponte sua a participação dos trabalhadores nos órgãos sociais; a isso redarguiu, em síntese, o mesmo Conselho que a tal não estava vinculado pelo apontado Decreto-Lei nº 103-A/89. Por esta senda por assim dizer "conciliatória" se prosseguiu, fazendo-se, para além disso, intervir no caso o Senhor Secretário de Estado da Energia, em

ordem à resolução das questões envolvidas. O processo foi feito concluso em 26.8.1991 ao Senhor Provedor-Adjunto e só depois disso dele tomei conhecimento, o que não deixa de ser compreensível, dada a circunstância de haver milhares de processos pendentes, em grande parte transitados do período anterior à minha entrada em funções.

1.4. O processo a que deu lugar a reclamação da Comissão de Trabalhadores da Siderurgia Nacional, S. A., foi aberto nesta Provedoria de Justiça em 29.5.1991 e nela é equacionada formalmente a questão da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 113/91, de 20 de Março; os problemas em causa são idênticos aos já anteriormente delineados. Isto para além de um outro, que não é agora o momento de analisar, sem prejuízo do relevo que reveste e que justifica uma muito próxima apreciação. Estava o processo concluso a um dos Senhores Coordenadores, que, por certo, procedia à sua análise, embora ainda não textualizada.

(II)

2. É evidente que, a exemplo do que decidi em decorrência da reclamação da Comissão de Trabalhadores da RNIP, poderia desde já deduzir perante o Tribunal Constitucional a questão da

inconstitucionalidade dos diplomas acima indicados.

Só que, por um lado, confrontado como está com uma crescente acumulação de processos - sintomatizadora, aliás, do prestígio que a lei matricial vai adquirindo e do seu próprio prestígio - o Tribunal Constitucional demoraria, por certo, mais de um ano a editar uma decisão.

E, por outro lado, a resultante da inconstitucionalização das normas sindicadas estaria na sua nulidade; com isso não se resolveria, pela positiva, o fundo da questão; tal passará pela transposição das regras inscritas na alínea f) do nº 5 do art. 54º da CRP e, sobretudo, no art. 90º, para a lei ordinária, pelo menos quanto ao modo, já que ambos os preceitos constitucionais são vinculativos e que o art. 90º é, clamorosamente, de aplicação directa, por traduzir um direito fundamental dos trabalhadores.

3.1. Não é muito clara a textualização dos dois preceitos, embora estejam visivelmente interligados. Mas, como já observei (Revista da Ordem dos Advogados, 1984, maxime p. 532), a aplicação da lei é uma actividade jurídica, e não uma mera operação gramatical, uma mecânica que se baste num arrumar de palavras, alheia ao sentido decisivo do espaço normativo em causa.

3.2. Dispõe o art. 54º da CRP que as Comissões de Trabalhadores têm, além do mais, o direito de promover a eleição de representantes de

trabalhadores para os órgãos sociais de empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas, "nos termos da lei" (alínea f) do nº 5).

Em decorrência do art. 90º, "nas unidades de produção do sector público é assegurada uma participação efectiva dos trabalhadores na respectiva gestão".

4. São as comissões de trabalhadores organizações representativas dos trabalhadores de uma empresa, de natureza não sindical; "é direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa" (nº 1 do art. 54º da CRP). Não tendo natureza associativa, é necessário, para que existam, um acto constitutivo: "os plenários de trabalhadores deliberam a constituição, aprovam os estatutos e elegem, por voto directo e secreto, os membros das comissões de trabalhadores" (nº 2 desse art. 54º).

Os direitos consignados no nº 5 do mesmo art. 54º são, pois, direitos das comissões de trabalhadores - e não, directamente, dos trabalhadores.

É para esta exegese que, de resto, apontam os artigos 30º e 31º da Lei nº 46/79, de 12 de Setembro, respeitante às comissões de trabalhadores.

Realmente, estabelece o art. 30º:

"1. Nas empresas do sector empresarial do Estado, as comissões de trabalhadores designarão ou promoverão (...) a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais da respectiva empresa.

2. O número de trabalhadores a eleger e o órgão social competente são os previstos nos estatutos da respectiva empresa.

3. No sector privado, o disposto nos números anteriores fica na disponibilidade das partes.

4. O disposto neste artigo poderá ser regulado por lei própria".

Por seu turno, estatui o art. 31º:

"1. Nas empresas do sector empresarial do Estado, os trabalhadores têm igualmente o direito de eleger, pelo menos, um representante para o respectivo órgão de gestão.

2. A eleição prevista no número anterior aplicam as normas estabelecidas para as comissões de trabalhadores (...).

3. O direito previsto neste artigo exerce-se nos sessenta dias posteriores à data da nomeação dos restantes membros dos órgãos de gestão da empresa.

4. Sem prejuízo do disposto no nº 1 do artigo 40º, o Governo suprirá a falta do exercício do direito previsto neste artigo passado o prazo referido

no número anterior".

5. Não são estes dois preceitos de muito dócil compatibilização. Realmente, consagra o art. 30º um direito das comissões de trabalhadores, tendo embora em vista a defesa dos interesses dos trabalhadores, através da sua intervenção na vida da empresa (nº 1 do art. 54º da CRP). Intervenção essa que, designadamente quando repercutida no controle de gestão, contribuirá, de igual passo, para a promoção do interesse da própria empresa (Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, II, 1985, maxime p. 102). Serão as comissões de trabalhadores, e não estes mesmos, a designar os representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais da empresa; ora entre os órgãos sociais contar-se-ão, sem dúvida, os órgãos de gestão. Corresponde este art. 30º, claramente, à alínea f) do nº 5 do art. 54º da CRP.

Já o art. 31º, que igualmente se refere às empresas do sector empresarial do Estado, prevê que os próprios trabalhadores, directamente, e mesmo que não esteja constituída uma comissão de trabalhadores, tenham o direito de eleger, pelo menos, um representante para o órgão de gestão da empresa. Direito esse que é tão fundamental que, se não fôr exercido pelos trabalhadores, o deverá ser pelo Governo, em acto de suprimento. Corresponde este art. 31º, mais proximamente, ao reconhecido no art. 90º da Constituição.

6. A participação dos trabalhadores nos órgãos das empresas públicas foi resolvida no Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril, sobretudo depois das alterações neste introduzidas pelo Decreto-Lei nº 29/84, de 20 de Janeiro, que nunca veio a ser integralmente aplicado (Brito Correia, Direito do Trabalho, III - Participação nas Decisões, s.d., p. 310), uma vez que nunca se deu completa execução ao seu art. 2º. Isto, pelo menos, no prazo nele assinalado.

7.1. Só que as sociedades de capitais públicos, não sendo "empresas públicas" (art. 48º do Decreto-Lei nº 260/76), se integram, sem dúvida, no sector empresarial do Estado quando nelas a participação pública seja estatutariamente a maioritária. As sociedades assim constituídas, mais do que simplesmente participadas, são controladas pelo Estado, na medida em que este detem, necessariamente, mais do que 50% do capital.

E o sector empresarial do Estado, nesta acepção, corresponde ao sector público produtivo (Sousa Franco, Finanças Públicas e Direito Financeiro, 1987, p. 172 e, sobretudo, p. 178).

7.2. Nesta perspectiva, a transformação de empresas públicas em sociedades anónimas publicamente controladas nem modifica, decisivamente, a sua natureza pública. Opera-se uma alteração meramente formal.

Como sublinhei em 1973 (em Sobre o § 2º do art. 162º do Código Comercial, na Scientia Juridica, nos 124-125, maxime p. 590, em nota), "a sociedade anónima vê diluído o seu papel de entidade com relevo próprio, criada ex-nihilo por um contrato. Passa a ser a técnica jurídica destinada a conferir a uma empresa uma existência e uma organização no plano jurídico".

"Hoje, as sociedades (sobretudo as sociedades anónimas) tenderão a ser a expressão jurídica das empresas, que as adoptam como estrutura formal", repetiria anos depois (Revista da Ordem dos Advogados, 1977, p. 423).

7.3. Isto é inquestionavelmente certo para as sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos. Mas parece sê-lo, de igual modo, quando o controlo for necessariamente público.

8. Que as sociedades controladas pelo Estado ou outras entidades públicas se inscrevem no sector empresarial do Estado é asseverado, designadamente, por Brito Correia (ob. cit., p. 311) e por Simões Patrício (Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado, no Bol. Min. Justiça, 321, p. 100).

9. E, adicionalmente, do próprio Estatuto do Provedor de Justiça se extrai um argumento confirmativo deste entendimento.

Realmente, como resulta da Constituição, é

o Provedor o garante dos interesses legítimos dos cidadãos e do próprio interesse geral perante os poderes públicos (nº 1 do art. 23º da CRP). O Estatuto de 1977 (Lei nº 81/77, de 22 de Novembro) apenas falava da possibilidade da sua actuação face às empresas públicas (al. a) do nº 1 do art. 19º) - já que estas eram então a realidade mais significativa do sector empresarial do Estado. Cuidou-se, entretanto, no Estatuto de 1991 (Lei nº 9/91, de 9 de Abril), de equiparar as empresas públicas às de capitais maioritariamente públicos (art. 2º). Certo é que se alude também ao poder de actuação junto das empresas concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público, mas com univocidade resulta que aí se trata de uma razão de ser diversa, de um outro valor público a tutelar.

(III)

10. Uma perspectiva comparatística vem reforçar o que assim já se alcança.

Em Itália, a "società per azioni in mano pubblica" é aquela em que o Estado ou outras entidades públicas possuem a totalidade ou a maioria do capital ou, de qualquer outro modo, o controlo de facto, mesmo com minoria do capital (Francesco Galgano, Diritto Commerciale, II, 3ª ed., 1987, p. 415).

Coutinho de Abreu, na sua recente Definição

de Empresa Pública (1990, p. 49 e segs), dá conta do que se passa na doutrina francesa. É aí inquestionável que uma sociedade de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos corresponde a uma empresa pública. Mas há quem considere que basta o controlo societário, quer através de dispositivos estatutários (voto duplo para o Estado, por exemplo), quer de facto, face ao absentismo dos accionistas dispersos. Na Alemanha a orientação prevalente é a que vê como empresas públicas as unidades económicas (de exploração) em que o Estado ou entidades públicas detêm a totalidade ou a maioria do capital, ou o controlo de facto. A forma societária não releva: uma sociedade anónima pode ser uma empresa pública. Informa, no entanto, Coutinho de Abreu (ob. cit., p. 77) que "se ninguém contesta, parece, serem empresas públicas as sociedades de capitais inteiramente públicos (...), já o mesmo não pode afirmar-se com respeito às chamadas empresas de economia mista (...): há quem lhes negue aquela qualificação e quem as diga empresas públicas".

Em direito comunitário, face ao art. 90º, nº 1, do Tratado CEE, a ideia mais generalizada é a de que são empresas públicas aquelas em que o Estado ou outras entidades públicas exercem uma influência dominante, "ou seja, as empresas cujas políticas económicas são determinadas pelos poderes públicos que as controlam" (ob. cit., p. 89).

(IV)

11.1. Chegando a este ponto, é de convir que

as privatizações em causa, mesmo quando invoquem a Lei nº 11/90, de 5 de Abril, foram privatizações parciais, como aquelas feitas á sombra da Lei nº 84/88, de 20 de Julho. Não ocorreu uma verdadeira desnacionalização; as coisas passaram-se como se passariam antes da remoção do art. 83º da Constituição operada pela revisão constitucional de 1989. Isto segundo o entendimento configurado no Acórdão nº 108/88, de 31.05.1988, e na doutrina largamente dominante (Mota Pinto, Sousa Franco, Jorge Miranda, Afonso Vaz).

Mantem-se o controlo público da gestão, embora a titularidade do capital não seja inteiramente público, pelos menos nalguns casos.

Repare-se, uma vez mais, que pelos estatutos da TAP, aprovados pelo Decreto-Lei nº 312/91, de 17 de Agosto, o Estado ou outras entidades públicas possuirão, necessariamente, 51% do capital em cada momento existente. E trata-se em Decreto-Lei editado com base na Lei nº 11/90...

11.2. Dá-se, no entanto, a circunstância de o art. 90º da CRP falar em "unidades de produção do sector público".

E o art. 82º, que desenha a geografia dos sectores de propriedade dos meios de produção, considera que o sector público é integrado "pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas" (nº 2).

Pondo de remissa a infixidez do conceito de "meios de produção", que traduz uma terminologia juridicamente ultrapassada, a repartição dos sectores

de titularidade dos bens produtivos tem um sentido meramente formal, sem relevo material (Menezes Cordeiro, Direito da Economia, I, 1986, p. p. 311 e 320).

Não é, de todo em todo, necessário que para um bem produtivo - e, por maioria de razão, uma sociedade anónima - ser da propriedade do Estado que este seja o seu proprietário exclusivo. Basta que o controle, que possa dispor dele - o que se tem de indagar por oposição ao conceito dado nesse art. 82º (nº 3), do sector privado.

Uma sociedade de economia mista, em que o Estado detem necessariamente mais de 50% do capital, ou uma sociedade em que o Estado é, de facto, titular de todo o capital, enquadra-se no sector público (por ex., Luis Morais, Privatização de Empresas Públicas ..., 1990, p. 92).

Desde que o Estado mantenha o controlo da empresa, "estamos ainda perante empresas públicas em sentido amplo integradas no sector público, e não perante empresas integradas no sector privado da economia" (Nuno Sá Gomes, Nacionalizações e Privatizações, 1988, p. 423).

(v)

12. Face ao que assim deixo sumariamente exposto difícil não será constatar que estão a ser incumpridas, e que o foram no caso das sociedades

reclamantes as regras da alínea f) do nº 5 do artº 54º e do art. 90º da Constituição, que nada têm de "colectivizante" ou de "demagógico" - mas que, muito comedidamente, representam tão somente formas de cogestão (cfr. Sousa Franco, A revisão da Constituição Económica, na Revista da Ordem dos Advogados, 1982, maxime p. 658).

13. Por assim ser, e relegando para momento ulterior o pedido de declaração de inconstitucionalidade desses e doutros diplomas legais (os que transformam as empresas públicas em sentido estrito em sociedades anónimas de capitais públicos, mesmo que apenas maioritários), recomendo, nos termos da alínea b) do nº. 1 do artº. 20º. da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, seja publicado em diploma legal que, com carácter genérico, assegure, em moldes concludentes, o direito dos trabalhadores a participarem nos órgãos sociais das empresas transformadas em sociedades anónimas e, muito concretamente, nos seus órgãos de gestão.

14. Comunique.

Lisboa, 10 de Setembro de 1991

Procs: 1231/89
676/91
1790/91
2863/91

RECOMENDAÇÃO LEGISLATIVA

(Sobre a ratificação de uma Convenção internacional em matéria de arbitragem).

1. Será, por certo, um maximalismo o dizer-se, como André Pouille (Le Pouvoir Judiciaire et les tribunaux, 1985, p. 119) que "a justiça não pode ser expedita" e que "o seu objectivo fundamental não é a rapidez"; e isto porque "o poder judicial não pode ser confundido com a S.N.C.F. (Sociedade Nacional dos Caminhos de Ferro)". É que, sem dúvida, a Administração da Justiça poderá ser menos lenta do que é hoje na Europa e, no que mais directamente nos toca, em Portugal. Questão diversa será, entretanto, supor-se que não devam ser incentivados os meios alternativos da justiça judicial; por um lado porque vão, quase sempre, ao encontro dos legítimos interesses das pessoas; depois, porque a sua utilização ajudará ao desbloqueamento dos tribunais.

A difusão da arbitragem como meio alternativo de resolução de diferendos vinha há alguns anos a ser insistentemente preconizada pelo actual Provedor de Justiça, designadamente em domínios onde ganhou inarredáveis foros de cidade na generalidade dos países; este o caso do comércio internacional e, noutro plano, o das relações de consumo, em centros

arbitrais institucionalizados (cfr., por ex., Revista da Ordem dos Advogados, 1983, maxime p. 384, e 1984, maxime p. 536).

Compreender-se-á, assim, que em 1985, como Ministro da Justiça, tenha promovido a preparação de uma moderna lei de arbitragem, que viria a dar causa, após decisão parlamentar unânime, à Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, complementada pelo Decreto-Lei nº 425/86, de 27 de Dezembro, respeitante aos centros de arbitragem institucionalizada.

Como assinalara, entretanto, quer em 1983, quer em 1984, o sistema global da arbitragem apenas ficaria completo, em termos de relacionamento internacional, com a ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e execução das decisões arbitrais estrangeiras.

No debate na generalidade da Proposta de Lei nº 34/IV (que daria lugar àquela Lei nº 31/86) repetiu o Ministro da Justiça que só por "descuido do dever de legislar" não fora ainda acolhida na nossa ordem jurídica aquela Convenção, "já que as Convenções de Bruxelas de 1923 e de 1927 estão manifestamente desactualizadas" (Diário da A.R., I Série, 18.7.1986, p. 3684). O certo é que nem sempre aos bons propósitos correspondem os mais producentes resultados e, por razões várias, o intento do então Ministro da Justiça não se veio a concretizar em tempo útil.

2. É a Convenção de 1958 um texto extremamente simplificado, cuja ratificação aproveitará, fundamentalmente, aos agentes económicos portugueses, já que poderão ver as decisões arbitrais obtidas em

Portugal facilmente reconhecidas nas dezenas de países que a aceitaram.

Realmente, enquanto que o sistema do nosso direito em matéria de reconhecimento e de execução das sentenças judiciais ou arbitrais estrangeiras não dificulta a eficácia na nossa ordem jurídica interna das sentenças estrangeiras (sistema de revisão formal ou delibação), só em casos excepcionais (como o da alínea g) do art. 1096º do Código de Processo Civil) procedendo o tribunal do exequatur a uma revisão de mérito, o mesmo não acontece com países com os quais mantemos intensificadas relações comerciais.

3. O regime do exequatur adoptado pela Convenção tem, em síntese, as seguintes vantagens:

(a) a simplicidade documental (basta a exibição da sentença ou de uma cópia, em qualquer dos casos autenticadas);

(b) a limitação das questões objecto de reconhecimento (não são não é possível a revisão de mérito, mas o exequatur apenas poderá ser negado por certas causas taxativamente enumeradas);

(c) o modo de efectivação do reconhecimento (a maioria das causas da sua recusa só pode ser examinada a pedido das partes, e não officiosamente, já que se pressupõe a correção da sentença como presunção juris tantum).

4. Tem sido geralmente entendido que a Convenção apenas se aplica às sentenças arbitrais posteriores à ratificação (cfr. a jurisprudência

internacional citada por Calvo Caravaca e Fernandez de la Gandara, EL arbitraje comercial internacional, 1989, p. 132 e segs), o que é, obviamente, uma acrescida razão para a sua urgente ratificação. É, aliás, o que a contrário advem do nº 3 do seu art. 13º.

5. Na esteira do nº 1 do art. 208º da Constituição ("as decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei") o nº 3 do art. 23º da aludida Lei nº 31/86 impõe que a decisão (arbitral) deve ser fundamentada. A Convenção é omissa quanto a esse requisito e sistemas jurídicos há (como o norte-americano) em que ele não é exigido. Mas a tendência geral é a da motivação, como desenvolvidamente é referido por Thomas E. Carbonneau (Étude Historique et Comparé de l'Arbitrage..., na Revue International de Droit Comparé, 1984, maxime p. 761 e segs).

Acontece, porém, que a própria Convenção admite que o tribunal do exequatur (no caso, o português) recuse o reconhecimento e a execução da sentença estrangeira se ela fôr contrária à ordem pública (interna). É o que dispõe a alínea b) do nº 2 do art. 5º.

É o conceito de ordem pública um conceito de conteúdo variável, não definível e apenas fixável por via jurisprudencial (J. Ghestin, L'ordre public, notion à contenu variable..., em Les notions à contenu variable en droit, estudos publicados por Perelman e Vander Elst, Bruxelas, 1984, p. 77).

Caberá, pois, ao tribunal português do exequatur preencher a noção em aberto.

6. Mais preocupante é a não ratificação por Portugal da Convenção de Nova Iorque quanto é certo que a Convenção de Bruxelas de 27.9.1968, relativa à competência judiciária e à execução das sentenças em matéria civil e comercial no espaço comunitário/não se aplica às decisões arbitrais, precisamente a Convenção de Nova Iorque já aí se aplicava generalizadamente. Do que resulta que o mercado comum das sentenças não se aplicará a Portugal no tocante à arbitragem.

7. Como diz René David (L'arbitrage dans le commerce international, 1982, p. 555) "um grande progresso seria seguramente alcançado se todos os Estados aceitassem vincular-se à Convenção de Nova Iorque de 1958. Esta é, no actual estado de coisas, o progresso máximo que pode ser levado a efeito no plano internacional".

E, num ponto de vista pragmático, o desenvolvimento da arbitragem em Portugal, nesta época em que as fronteiras cada vez mais se esbatem, dependerá, em relevante medida, da preconizada ratificação, que aliás, apenas por condicionalismos de circunstância, não foi concretizada aquando da publicação dos novos mecanismos arbitrais, em 1986/1987.

8. Face ao exposto, e por aplicação do disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 20º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, o Provedor de Justiça sugere à Assembleia da República e ao Governo que se promovam

os actos necessários à ratificação da aludida
Convenção de Nova Iorque de 1958.

Lisboa, 29 de Abril de 1991

Mário Raposo
Provedor de Justiça

Recomendação Legislativa

(Sistema de responsabilidade civil em Direito do Ambiente)

A actual legislação

1.1. Nesta área, como noutras, está a Lei nº 11/87, de 7 de Abril, defeituosamente concebida e textualizada.

Logo no art. 3º, ao inscrever entre os princípios específicos do princípio geral da tutela do ambiente o princípio da responsabilização, "aponta para a assunção pelos agentes das consequências, para terceiros, da sua acção, directa ou indirecta, sobre os recursos naturais" (alínea h). Ora o que está em causa não são apenas os recursos naturais, mas, de igual modo, e designadamente, o património cultural construído ou os espaços urbanos. A noção de ambiente é mais ampla que a de ecologia, como, aliás, se mostra da listagem feita no art. 4º da Lei (1).

No art. 41º consagra-se a regra da responsabilidade objectiva, fundada, portanto, no risco de certas actividades; o preceito interliga-se com o do seguro obrigatório de responsabilidade civil, previsto no art. 43º. Só que ambos os preceitos não estão ainda "regulamentados" (como já o deveriam

estar - art. 51º), pelo que não entraram em vigor (nº 2 do art. 52º).

Observa-se, de resto, que a expressão "regulamentar" não será, por certo, a mais precisa, já que ao desenvolvimento da lei de bases não corresponderá sempre o tipo normativo "decreto regulamentar". Os artigos 51º e 52º não remetem esse "regulamentação" para esse tipo normativo, o que parece deveria ter acontecido expressis-verbis (nº 6 do art. 115º da Constituição). Não se compreenderia, aliás, que a definição dos crimes contra o ambiente ou do sistema de responsabilidade civil pudesse constar de um acto não legislativo.

1.2. Refere-se o nº 1 do art. 41º a acções especialmente perigosas que causem danos significativos no ambiente, "muito embora com respeito do normativo aplicável". A expressão "normativo aplicável" não é rigorosa, nem usualmente utilizada.

E o artº 43º, numa evidente incoerência terminológica, impõe o regime de responsabilidade civil no caso de actividades que envolvam alto grau de risco, não falando já em actividades especialmente perigosas.

1.3. Por seu turno, prevê o art. 42º (epigrafiado de "embargos administrativos" a suspensão imediata da actividade causadora do dano através de um processo de embargo administrativo, a requerer nos tribunais ... comuns (nº 1 do art. 45º). Trata-se, ao

que parece, de um procedimento cautelar civil, que não poderá ser qualificado de "administrativo". Qual a tramitação desse processo, a que o nº 1 do art. 45º chama "acção"? As mais densas dúvidas serão justificáveis.

2.1. Vistas bem as coisas, o único segmento do sistema que está, desde já, em vigor, é o do nº 4 do art. 40º: "os cidadãos directamente ameaçados ou lesados no seu direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado podem pedir, nos termos gerais de direito, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização". Será o pedido de "suspensão imediata da actividade causadora do dano", através do embargo "administrativo" (art. 42º), um acto preparatório dessa acção? Talvez.

Entretanto, aquele nº 4 do art. 40º, que visivelmente se inspira no agora eliminado (e bem) nº 3 do art. 66º. da Constituição, na redacção de 1982, mais não faz do que reproduzir o que já resultaria do sistema geral do Código Civil e do Código de Processo Civil (quanto à legitimidade).

A responsabilidade fundar-se-á na culpa (ou no dolo) - art. 483º, nº 1, do Código Civil. Quando muito, se estiver em causa um actividade perigosa pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, ocorrerá uma inversão do ónus da prova, isto é, uma presunção de culpa. Só que, como é sabido, o conceito de perigosidade é estabelecido caso por caso, segundo as circunstâncias (2). E a

responsabilidade do lesante fica excluída se demonstrar que empregou todas as providências adequadas a prevenir o dano (nº 2 do art. 493º do Código Civil).

O regime é, pois, diverso do que valeria para a responsabilidade objectiva, que em Itália, para um preceito homólogo ao do nº 2 do art. 413º, foi "considerado injusto, anti-social e anti-económico, susceptível de desencorajar actividades e iniciativas fecundas" (3).

2.2. Em tempo devido, discordou o actual Provedor de Justiça, então Deputado, do inciso "lesão directa" que nos ablativos da revisão de 1982 foi introduzido no nº 3 do art. 66º da Constituição. Isto, em síntese, porque nada acrescentava ao regime geral da lei civil, representando uma exclusão da tutela dos direitos difusos, colectivos ou fragmentados. Assim nos debates em plenário, arquivados no Diário da Assembleia da República, I Série, de 27.4.1982 (p. 3346 e de 24.6.1982 (p. 4406).

A intervenção teve, pelo menos, a virtude de ficar bem pontualizado, numa solução compromissória como que de interpretação "pre-autêntica" (1), que a inclusão do inciso "lesão directa" em nada viria a tolher o legislador ordinário de alargar o direito a ressarcimento a qualquer outro tipo de lesão (indirecta, portanto). É o que se vê do citado Diário, p. 4410.

3. Acontece, no entanto, que ao nº 4 do art. 40º se segue um misterioso nº 5 , que declara: "Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, é reconhecido às autarquias e aos cidadãos que sejam afectados pelo exercício de actividades susceptíveis de prejudicarem a utilização dos recursos do ambiente o direito às compensações (leia-se indenizações - nº 2 do art. 45º) por parte das entidades responsáveis pelos prejuízos causados".

Na atribuição de legitimidade às autarquias poderia perspectivar-se uma embrionária "acção popular", do estilo da consagrada no actual (embora não aplicável) nº 3 do art. 52º da Constituição. Mas a conclusão resultaria apressada, face ao disposto no nº 2 do art. 45º da Lei: (só) os lesados têm legitimidade para demandar os infractores.

As autarquias apenas poderão actuar quando lesadas pela privação da utilização dos "recursos do ambiente" (por ex., a água, a flora, a fauna, etc). Claro está que actuarão no interesse comum das populações respectivas, que é o seu natural fim (nº 2 do art. 237º da Constituição).

De qualquer modo trata-se de um conceito confuso, que põe em crise uma boa técnica legisladora, que deve, além do mais, acatamento a duas regras: a da praticabilidade e a da inteligibilidade - aqui muito especialmente merecedoras de reforço (4).

4.1. Diz o nº 2 do art. 41º da Lei que "o quantitativo da indemnização a fixar por danos causados no ambiente será estabelecido em legislação complementar".

Prevalece, no entanto, a obrigação da reposição natural consagrada no art. 562º do Código Civil: o lesante deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

É o que se mostra do nº 1 do art. 48º da Lei.

Afigura-se, no entanto, que a substituição da reposição natural pela indemnização em dinheiro apenas será possível se a reconstituição natural não for possível. O nº 3 desse art. 48º derroga o critério do nº 1 do art. 566º daquele Código, que faculta a indemnização em dinheiro quando a reposição natural resulte excessivamente onerosa para o lesante.

O que se dá, por um lado, é que, para além da reposição natural ou da indemnização em dinheiro calculada nos termos gerais do Código Civil, a "legislação complementar" virá a estabelecer uma indemnização punitiva-preventiva, numa óptica sancionatória do intuito da responsabilidade civil, já intuída em 1961 por Pietro Trimarchi (5).

Por outro lado, no Decreto-Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, sobre a avaliação do impacte ambiental, dispõe-se (art. 5º) que:

"1. Para efeitos do disposto no nº 3 do art. 48º da Lei nº 11/87, de 7 de Abril,

o montante da indemnização (especial) é calculado com base na estimativa do custo das acções e estudos alternativos à situação antes existente e necessários à minimização dos impactes ambientais.

2. Na total impossibilidade de fixar o montante da indemnização por recurso à caracterização de alternativas à situação antes existente, são os danos ao ambiente indemnizados como danos não patrimoniais de montante a fixar equitativamente pelo tribunal".

4.2. O apelo feito à figura dos danos não patrimoniais é, pelo menos, estranho, já que a situação escapa por completo ao seu suporte lógico. Poder-se-ia ter cometido ao tribunal a fixação do ressarcimento segundo critérios de equidade sem fazer intervir um instituto que nada tem a ver com a razão de ser desse ressarcimento.

5.1. Segundo a Lei das Associações de Defesa do Ambiente (Lei nº 10/87, de 4 de Abril) a estas não é atribuída legitimidade para reclamar indemnizações (assim, alínea a) do nº 1 do art. 7º). Podem apenas propor as acções necessárias à prevenção ou cessação de actos ou omissões de entidades públicas ou privadas que constituam factor de degradação do ambiente.

Mas no nº 6 do art. 48º do Decreto-Lei nº

74/90, de 7 de Março, respeitante à protecção da qualidade do meio aquático, estabelece-se que as associações de defesa do ambiente com representatividade genérica possam "interpor" acção de indemnização contra aqueles que, com dolo ou mera culpa, infringirem as disposições do mesmo diploma, provocando danos significativos no ambiente em geral e afectando a qualidade das águas em particular.

Poderá essa acção cumular-se com a do Estado, prevista no nº 1 do mesmo art. 48º, ou com a dos particulares directamente lesados, nos termos do nº 4 do art. 40º da Lei nº 11/87?

Parece que sim. E estar-se-á então num primeiro tentame de aplicação legislativa da nova regra do nº 3 do art. 52º da Constituição.

5.2. É, no entanto, de assinalar a deplorável redacção do nº 3 desse art. 48º, no tocante à caracterização das circunstâncias que servirão de esteio ao julgamento de equidade. Expressões como "proveito económico eventualmente anquariado mediante a prática da infracção" colidem com a terminologia usualmente empregue em Direito, designadamente no Código Civil (por ex., artigos 494º e 562º).

6. Nas acção de indemnização têm os cidadãos direito à isenção de preparos, desde que o valor da causa não exceda o da alçada do tribunal de comarca (nº 1 do art. 44º da Lei nº 11/87).

As associações de defesa do ambiente estão isentas de preparos, custas e imposto do selo nos

processos referidos nos artigos 6º e 7º da Lei nº 10/87 (art. 13º), nos quais não se incluem as acções de indemnização a propor perante os tribunais comuns, como é o caso da prevista no nº 6 do art. 48º do Decreto-Lei nº 74/90.

Quid inde?

Poderá ser feita uma interpretação extensiva, ou melhor, uma integração da lacuna?

Se a resposta for afirmativa (o que não se tem como certo) gerar-se-á então uma situação de desigualdade, de difícil compatibilização com o art. 13º da Constituição.

Alguns caminhos a percorrer

7. Nunca tendo sido "regulamentado" o sistema de responsabilidade objectiva definido com extrema latitude no art. 41º da Lei nº 11/87, ele não passou ... do papel.

Quando o vier a ser - ou se o vier a ser - importará apurar se a responsabilidade deve ser ilimitada, em termos de se promover a reparação integral de todos os danos, ou se deve ter limites.

Afigura-se que não deverão ser fixados quaisquer limites, até porque estará em causa uma actividade especialmente perigosa, da qual tenham dimanado danos significativos (nº 1 do art. 40º).

Obviamente que a concretização do princípio não será de fazer que sem que simultaneamente se dê

forma de vida ao seguro obrigatório.

Aquilo que se costuma chamar de "socialização da responsabilidade", no trânsito da responsabilidade individual pura para uma repartição social dos riscos, poderá postular a criação de um fundo de garantia, que designadamente actue quando não puder ser invocado o seguro de responsabilidade.

"A técnica dos fundos de garantia surge como uma espécie de prolongamento natural e de substituto perfeito dos seguros de responsabilidade, quando estes devam ser afastados por desconhecimento da (identidade) do responsável. Nesta perspectiva, assinalar-se-á com interesse que, em domínios tão diversos como a poluição, a responsabilidade do produtor ou a responsabilidade médica, tem sido reclamada a criação de fundos de garantia específicos"

(6)

8. A responsabilidade pelo risco não deverá comportar causas de exclusão? Até que ponto a sua consideração não tolherá o "quase-automatismo" da responsabilidade objectiva, em que a conduta do lesante pouco ou nada releva?

Ter-se-á, como é óbvio, que a força maior deve ser considerada, pelos menos em termos homólogos aos referidos no art. 505º do Código Civil, mudado o que deva ser mudado.

9. De reflectir será sobre a hipótese de uma indenização provisória, tal como a prevista no art.

229 da Convenção Internacional de Londres de 28.4.1989 sobre Assistência e Salvação Marítima.

Tratar-se-á de um adiantamento, de um procedimento de urgência, não parificável com a indemnização provisória a que alude o art. 5659 do Código Civil, que resulta já de uma condenação.

10. A menos que se institua um fundo de garantia, deve o seguro de responsabilidade ser de montante ilimitado.

Para o próprio art. 13469 do Código Civil, inspirado no § 906 do Código Civil alemão, e que contem uma noção estritamente privatística da defesa do ambiente, enquanto afloração do direito de propriedade, o conceito de vizinho está extremamente ampliado na jurisprudência e na doutrina: já não se tratará do proprietário do prédio contíguo, mas o de qualquer prédio no qual repercuta um prejuízo substancial.

Certo é que o conceito desse art. 13469 terá de ser repensado e transposto da esfera do direito privado para o do direito público, embora com componentes privatísticas.

Por exemplo, tem-se entendido que na sua actual configuração ele não protege os "vizinhos" de uma central nuclear, posicionados a muitos quilómetros de distância (7).

No direito suíço, às relações de vizinhança, fundadas no art. 6799 do Código Civil, têm a

jurisprudência e a doutrina dado um entendimento amplo, conforme às actuais realidades. Assim, num caso de poluição de água, foi julgado ser vizinho do prédio poluente um situado a cerca de 25 quilómetros de distância. Desde que estabelecido o nexo de causalidade, qualquer lesado deve ser considerado como vizinho, no caso de poluição atmosférica (8).

O mesmo se passa no direito francês (9).

11. O sistema de responsabilidade civil objectiva deve ser condensado num só diploma, no qual se cataloguem com precisão as actividades a que ela se aplica.

A multiplicidade e a dispersão de leis avulsas que criassem responsabilidades objectivas afectaria, por certo, a unidade e a coerência do sistema, até porque cada uma delas poderia ser inspirada por critérios divergentes. Cair-se-ia, ainda aqui, naquela nova forma de poluição, já designada por "poluição legal", geradora de uma nova doença: a "hyperlexis" (10).

De resto tal situação não ocorre em Portugal (como noutros países) apenas em matéria de responsabilidade civil por danos no ambiente, mas em vários sectores deste tão necessariamente acessível e comunicável ramo do Direito.

12. Por último, e ser que isso represente o sentido decisivo deste Recomendação Legislativa -

feita nos termos da alínea b) do nº 1 do art. 18º da Lei nº 81/77, de 22 de Novembro - formula-se o voto de que em breve seja aprovado o diploma que concretize a "acção popular de massas" a que deu foros de cidade o nº 3 do art. 52º da Constituição.

Lisboa, 2 de Abril de 1991



Mário Raposo
Provedor de Justiça

- (1) A.M. Ferreira do Amaral, DIREITO DO AMBIENTE, em Direito das Empresas, ed. do INA, 1990, maxime p. 103 e Manuel António Lopes Rocha, DELITOS CONTRA A ECOLOGIA ..., em Revista de Direito e Economia, 1987, maxime p. 238.
- (2) Pires de Lima - Antunes Varela, CÓDIGO CIVIL ANOTADO, 1, 3ª ed., 1982, p. 469.
- (3) Adriano Vaz Serra, RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS POR COISAS ou ACTIVIDADES, no Bol. do Ministério da Justiça, 85, maxime p. 376.
- (4) Mário Raposo, NOTA SUMÁRIA SOBRE O ARTIGO 209 DA CONSTITUIÇÃO, na Revista da Ordem dos Advogados, 1984, maxime p. 533.
- (5) RISCHIO E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA, Milão. Cfr. ainda, Mario Bessone, RESPONSABILITÀ CIVILE, ASSICURAZIONE E COSTO SOCIALE DELL' ILLECITO, em Saggi di Diritto Civile, Milão, 1979, p. 257.
- (6) Yvonne Lambert-Faivre, LE SINISTRE EN ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ ET LA GARANTIE DE L'INDEMNISATION DES VICTIMES, na Revue Générale des Assurances Terrestres, 1987, maxime p. 222.
- (7) Assim, António Francisco de Sousa, O RECURSO DE VIZINHANÇA, 1986, p. 50.
- (8) François Biarchi, POLLUTION ATMOSPHERIQUE ET DROIT PRIVÉ, Lausana, 1989, p. 134.
- (9) Jean Carbonnier, DROIT CIVIL, III, Les biens, Paris, 1983. 11ª ed., p. 240.
- (10) Jerold S. Auerbach, em JUSTICE WITHOUT LAW ?, Nova Iorque, 1983, p. 9.

O Suporte Financeiro das Universidades

1. Li com o mais justificado interesse a exposição do Senado Universitário da Universidade Técnica, transmitida pelo seu Exm^o Reitor na exposição de 17 de Dezembro que junto e que aqui dou como integralmente reproduzida.

2. As situações que compendia configuram um quadro preocupante, face ao qual o Provedor de Justiça, no seu direito-dever de zelar pela eficaz resposta aos direitos fundamentais, deve intervir com a adequada imediação.

Estão, realmente, em causa direitos fundamentais, como os explicitados nos arts. 73^o, 74^o e 75^o da Constituição.

Joga-se aqui o destino de toda uma geração, a que o Governo se tem revelado atento, mas que deve ser resguardado de qualquer flanco negativo.

Sobre o relevo da Universidade na vida e no futuro do País tive ocasião de, a propósito da perene lição do Prof. Braga da Cruz, me pronunciar na Revista da Ordem dos Advogados (ano 37^o, 1977, p. 727 e segs).

Só uma escola a funcionar aptamente pode fomentar um escol, que dê sentido à comunidade e que articule e potencie as capacidades das novas gerações.

/...

art. 25º da Lei nº 108/88, de 24 de Setembro.

6. Cabe ao Provedor de Justiça, por sua iniciativa, e independentemente de qualquer queixa (e não é nesta acepção que tomo a exposição que me foi apresentada pelo Exmº Reitor da Universidade Técnica), contribuir, em cooperação com os Departamentos competentes do Estado, para a melhoria dos serviços (alínea a) do nº 1 do artº 18º da Lei nº 81/77, de 22 de Novembro).

Ora, para além do seu sentido e relevo institucionais, a Universidade é, no plano das realidades, um decisivo serviço público.

7. Não sendo caso de formular uma Recomendação formal aos Senhores Ministros da Educação e das Finanças - até porque sei todo o empenho e capacidade que ambos têm posto no exercício das suas altas funções de Estado - cabe-me transmitir-lhes, como Provedor de Justiça, a preocupação com que verifico as insuficiências ou deficiências evidenciadas.

8. Comunique aos Gabinetes dos Senhores Ministros da Educação e das Finanças e ao Senhor Reitor da Universidade Técnica.

Lisboa, 3 de Janeiro de 1991

3. Evocarei ainda a definição de Alvaro d'Ors, meu mestre e Amigo, para quem a Universidade é a "forma histórica mais perfeita para o cultivo da vida científica".

Nisso não estarei por inteiro com Ortega Y Gasset quando, apegado às raízes medievais da Universidade, entende que a missão desta é prevalentemente a de formar homens cultos. Certo é que, para Ortega, a cultura, em tal perspectiva, seria o sistema vital das ideias de cada tempo - e a nossa época é marcada pelo sinal da Ciência e da técnica, culturalmente enquadradas.

4. Não vejo como uma Universidade afogada com encargos com pessoal (as cifras reveladas quanto ao Instituto Superior de Agronomia e quanto à Faculdade de Medicina Veterinária são verdadeiras cifras negras) se pode cumprir como um centro de investigação e de formação de investigadores, entendidos estes como "elaboradores" de ciência, para tal dispondo, sem retraimentos, de meios adequados.

Como alguém disse, essa situação terá como decorrência narcotizar a vertente de investigação e de preparação para a investigação de uma Universidade técnica.

5. Entendo ainda que, embora com menor relevo, já que o registo prévio previsto nos arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 155/89, de 11 de Maio, apenas poderá ser denegado "quando exista manifesta violação da legislação aplicável" e, quando o for, tê-lo-á que ser com desenvolvida fundamentação, poderá colidir com a amplitude da autonomia universitária, na vertente assinalada na alínea d) do

DISCRIMINAÇÃO DE MULHERES
NA ADMISSÃO AO EMPREGO

1. A Direcção do Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas foi por mim recebida, dando-me conta da política de admissão de pessoal adoptada pelo Banco Comercial Português (BCP), que, como refere, "aponta para uma premeditada exclusão das mulheres".

Da documentação que me foi presente pelo Senhor Presidente do Sindicato e demais elementos da Direcção consta, além do mais, um parecer aprovado em 8.1.1991 pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), fundado numa queixa que lhe apresentou o mesmo Sindicato, em 21.12.1989.

2. Em síntese, decorre do mesmo parecer que, com referência a 31.12.1989, o BCP apresentava uma percentagem de pessoal feminino de 0,7%, enquanto em sete outros grandes Bancos a mesma percentagem oscilava, entre 21,7% e 47,5%. A taxa de feminização para o total do sector era de 28,5%.

Dispensando-me de reproduzir de perto o parecer, considero que ele é suficientemente expressivo da invocada actuação discriminatória. Isso mesmo é concluído pela CITE, que entende que o BCP infringe, designadamente, o disposto nos artigos 3º, 4º e 7º do Decreto-Lei nº 392/79, de 20 de Setembro.

3. Tudo faz crer que estão preteridas, na circunstância, normas injuntivas - desde os artigos

139 e 589 da Constituição, à Convenção nº 111 da OIT, de 25.6.1958 e ao apontado Decreto-Lei.

4. Aduz, aliás, o Sindicato que num total, em Janeiro de 1991, de 2605 trabalhadores no BCP apenas 14 eram mulheres.

E que o referido parecer da CITE foi homologado em 14.4.1991 pelo Senhor Secretário de Estado do Emprego e Formação Profissional - aguardando publicação.

5. A perspectiva de uma democracia paritária, fundada na igual dignidade da pessoa humana, tem sido reiteradamente afirmada a nível de todas as grandes organizações internacionais em que nos integramos. Recordo, com carácter exemplificativo, os textos fundamentais do Conselho da Europa, como a Recomendação nº R (85) 2, adoptada pelo Comité de Ministros em 5.2.1985, a Declaração sobre a Igualdade das Mulheres e dos Homens adoptada pelo mesmo Comité de Ministros em 16.11.1988 e a Resolução adoptada na 2ª Conferência ministerial europeia que teve lugar em Viena em Julho de 1989.

É de reter, no mesmo sentido, a Directiva comunitária de 9.2.1976.

6. Isto, para além, como é óbvio, daquela Convenção nº 111 da OIT.

7. Não pode o Provedor de Justiça intervir junto de uma empresa privada, nos termos estatutários.

Mas pode - e deve - assegurar, como decisivo promotor dos direitos da pessoa, em todas as suas vertentes (liberdades públicas e direitos sociais, económicos e culturais) que os demais poderes públicos cumpram os que lhes caiba fazer no sentido de que sejam observadas as regras que prevalecem na nossa ordem jurídica.

Ora, por assim ser, cabe-me intervir.

E faço-o indagando junto do Senhor Ministro do Emprego e da Segurança Social que medidas têm sido adoptadas para fazer cumprir, desde logo, e muito concretamente, as disposições dos artigos 3º, 4º e 7º do citado Decreto-Lei nº 392/79.

Compete, na verdade, à Inspecção-Geral do Trabalho fiscalizar a aplicação do mesmo diploma, tanto mais que existe já um parecer da CITE.

8. E nem se observe que o remédio para tornar operantes as normas e o "espírito do sistema" que vale para o nosso País terá que despontar da violação, caso a caso, daquelas normas, por via de uma acção judicial proposta nos termos do art. 16º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 392/79 pelo trabalhador que se considere discriminado ou, se este assim o entender, pela associação sindical que o represente - ou então por uma actuação, de idêntico modo igualmente mais ou menos casuística, da Inspecção-Geral do Trabalho, nas hipóteses prevenidas no nº 2 do art. 17º do aludido diploma.

É que não é assim.

O art. 3º do Decreto-Lei estabelece uma cláusula geral, uma principologia, que não tem que

resultar de uma actuação circunscrita, mas, eventualmente, de uma actuação continuada - o mesmo que é dizer de uma política genérica assumida para um universo de casos, mesmo que não concretamente configuráveis.

Esta, exactamente, a hipótese em apreço.

E, para lhe fazer face, deverá a Inspeção-Geral do Trabalho, exercer os seus poderes de fiscalização. E, se a eles não corresponderem meios legais já configurados no referido Decreto-Lei, deverá o Governo adoptar as medidas legislativas que advêm da circunstância de estar vinculado a instrumentos internacionais que ingressaram na ordem jurídica portuguesa - maxime a aludida Convenção nº 111 da OIT.

9. Comunique ao Gabinete do Senhor Ministro do Trabalho e da Segurança Social.

Nos precisos termos dos nºs 1, 2, 4 e 5 do art. 299 da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, e dada a urgência em enfrentar o presente condicionalismo negativo, fixo o prazo de 15 (quinze) dias para a prestação dos solicitados esclarecimentos.

Lisboa, 8 de Maio de 1991

A SITUAÇÃO DOS DOCENTES
DAS ESCOLAS SUPERIORES DE ENFERMAGEM

1. Pelo Sindicato dos Enfermeiros Portugueses é-me exposta uma situação que justifica uma intervenção imediata.

Daí o ter avocado o processo, para análise pessoal.

2.1. Pelo Decreto-Lei nº 178/85, de 23 de Maio, e feito o feed-back em relação ao regime do Decreto-Lei nº 305/81, de 12 de Novembro (por ele revogado), foi definido que "a carreira de enfermagem é única, aplicando-se a três áreas de actuação, correspondentes, respectivamente, à prestação de cuidados, à administração e à docência".

2.2. Logo, porém, no respectivo preâmbulo se assinalou que embora o diploma se aplicasse às três áreas de actuação, isso não invalidaria "os estudos que se encontram em curso no sentido de se criar uma carreira própria para a docência de enfermagem", "carreira que tem em vista a integração do ensino de enfermagem no sistema educativo nacional".

2.3. Entretanto, e na vertente da docência, desde logo aquele Decreto-Lei nº 175/85 estabeleceu três categorias: enfermeiro-monitor (grau 2), enfermeiro-assistente (grau 3) e enfermeiro-professor

(grau 4). É o que se mostra do seu nº 1 do art. 2º.

A essas categorias correspondiam os vencimentos constantes da tabela anexa ao diploma (com as alterações consequentes ao art. 1º do Decreto-Lei nº 134/87, de 17 de Março, e tabela anexa, e, na adaptação do "novo sistema retributivo", do Decreto-Lei nº 34/90, de 24 de Janeiro, e do Decreto-Lei nº 38/91, de 18 de Janeiro).

3.1. Aconteceu, porém, que o Decreto-Lei nº 480/88, de 23 de Dezembro, em coerência com o seu preâmbulo, integrou ex-professo o ensino da enfermagem no sistema educativo nacional, "A NÍVEL DO ENSINO SUPERIOR POLITÉCNICO", sendo ministrado "EM ESCOLAS SUPERIORES DE ENFERMAGEM".

É, na verdade, tal preâmbulo demonstrativo dessa declarada intencionalidade. Nele se acentua, designadamente, que "urge (...) proceder à integração do ensino da enfermagem no sistema educativo nacional, GARANTINDO O RECONHECIMENTO ACADÊMICO DOS SEUS VÁRIOS NÍVEIS DE FORMAÇÃO".

3.2. E preceituou o nº 2 do art. 1º desse diploma que "a rede de escolas superiores de enfermagem será fixada por portaria conjunta dos Ministros das Finanças, da Educação e da Saúde, sem prejuízo da reconversão das actuais escolas, mediante portaria conjunta dos Ministros da Educação e da Saúde".

4.1. Em coerência com a política de actuação assim textualizada, dispôs o art. 11º do mesmo Decreto-Lei nº 480/88:

" 1. A carreira docente das escolas superiores de enfermagem será fixada por diploma especial, observados os termos do Estatuto da Carreira do Pessoal Docente do Ensino Superior Politécnico.

2. Os actuais docentes das escolas de enfermagem e os actuais técnicos de enfermagem da área do ensino poderão ser integrados na carreira prevista no número anterior, em condições a definir por aquele diploma"

4.2. Sucedeu que, em decorrência do previsto no nº 2 do art. 1º deste diploma, veio depois a Portaria nº 821/89, de 15 de Setembro, fixar "a rede das escolas superiores de enfermagem" - pela "reconversão das actuais escolas de enfermagem".

5.1. Ulteriormente, a Portaria nº 65 - A/90, de 26 de Janeiro regulou "o concurso nacional de acesso à matrícula e inscrição nas escolas superiores de enfermagem públicas, no ano lectivo de 1989-1990" (nº 1 do art. 1º), fixando-se o início das aulas em 18 de Abril de 1990 (nº 8 do anexo III).

5.2. E a Portaria nº 195/90, de 17 de Março, regulamentou "o curso de bacharelato em Enfermagem", referido no Decreto-Lei nº 480/88.

6. Neste contexto está posta em actuação efectiva, desde 18.4.1990, nas Escolas Superiores de Enfermagem descritas no anexo I à Portaria nº 65-A/90,

o curso de bacharelato em Enfermagem, integrado no sistema educativo nacional, A NÍVEL DO ENSINO SUPERIOR POLITÉCNICO.

7. Só que não foi até agora publicado o diploma especial a que se reporta o art. 11º do Decreto-Lei nº 480/88, PELO QUE SE LHES CONTINUA A APLICAR O REGIME GERAL DA CARREIRA DE ENFERMAGEM.

8. Ocorre, assim, uma situação discriminatória entre os docentes de Enfermagem e os demais docentes do Ensino Superior Politécnico, que contradiz o princípio da igualdade consignado no art. 13º da Constituição; como tenho tido ocasião de reiteradamente referir o que primacialmente releva não é a igualdade perante a lei, mas a igualdade na lei (por ex., Rev. Ordem Advogados, ano 44, maxime p. 533).

9. Ora, nesta perspectiva, há que colmatar o fosso que se abriu entre os docentes das Escolas Superiores de Enfermagem e os das demais Escolas do (mesmo) Ensino Superior Politécnico.

10. A solução, obviamente, estará na urgente publicação do diploma legal que estabeleça a necessária equiparação.

É o que, no plano legislativo, recomendo aos Senhores Ministros da Educação e da Saúde.

11. Para dar conhecimento aos respectivos Gabinetes e à Direcção do Sindicato exponente.

Lisboa, 23 de Maio de 1991

Proc. 1447/91

SIGILO MÉDICO E PRIVACIDADE

1.1. Pelo Sindicato Independente dos Médicos é submetida à minha apreciação a Circular Normativa nº 120/DAJ, de 27.3.1991, emanada da Administração Regional de Saúde de Lisboa, respeitante ao envio dos elementos constantes das fichas clínicas dos utentes ou de outros elementos de idêntica natureza contidos nos respectivos processos clínicos, assim como de relatórios síntese sobre a correspondente história clínica dos mesmos aos "órgãos da polícia criminal" - abrangendo nesta moldura a Polícia Judiciária, a PSP, a GNR, a Guarda Fiscal ou a Inspeção Económica, por delegação de competência do Ministério Público, nos termos do art. 270º, nº 1, do Código de Processo Penal.

Os pedidos formulados por esses "órgãos de polícia criminal" serão prontamente satisfeitos (SIC), "tanto pelos serviços centrais da ARS, como pelos Centro de Saúde, no caso de tal solicitação lhes ser feita directamente".

1.2. Bastará, "para a pronta satisfação do pedido", que as referidas entidades invoquem a delegação genérica de competências nelas feita pela Procuradoria-Geral da República, e que "declarem que os elementos solicitados se destinam à instrução de processo de natureza criminal". Nada mais.

1.3. Entende, pois, a ARS de Lisboa que qualquer acto de investigação criminal "visa a consecução de um interesse público susceptível de se integrar no conceito de justa causa para a revelação do segredo profissional, nos termos previstos pelo art. 184º do Código Penal".

2. É o segredo profissional médico um dos pontos nucleares da relação de qualquer médico com qualquer doente. Está em causa o resguardo da vida privada e da integridade moral das pessoas - que são valores explicitamente consagrados na Constituição (artºs. 25º, nº 1, e 26º, nº 1), como expressão do princípio determinante do respeito pela dignidade humana (art. 1º).

Não há medicina sem confiança; "il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret" (cit. por Jean-Michel de Forges e Jean-François Seuvic, L'HOSPITALISÉ, Paris, 1983, p. 209).

É evidente que a relação médica assenta na observância de regras deontológicas que, no essencial, se mantêm intocadas. Uma delas é a do segredo profissional - estabelecido, precisamente, para a protecção do doente, na sua esfera íntima (Giovanni Cattaneo, LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA, Milão, 1958, p. 93).

3. Situa a ARS defeituosamente a questão envolvida. Faz apenas apelo aos arts. 184º e 185º do Código Penal quando deveria, sobretudo, chamar à

colação os arts. 135º e 182º do Código de Processo Penal.

Ora a quebra do segredo médico apenas se justificará com as cautelas para que qualquer destes últimos preceitos peremptoriamente apontam. E é de notar que no projecto originário do C.P.P. foi aditado ao art. 135º, por iniciativa do actual Provedor de Justiça, então Ministro da Justiça, um nº 5 que prevê que a decisão sobre a cessação da obrigação de sigilo, para além de ser rodeada de rigorosas cautelas, deve ser precedida da audição do organismo representativo da profissão relacionada com tal sigilo. Ou seja, no caso, a Ordem dos Médicos.

Está em causa, pois, uma vivência pessoal (embora no exercício de funções de Governo) do actual Provedor de Justiça, o que mais o sensibiliza para a gravidade do problema.

No caso da apresentação de fichas clínicas ou outra documentação análoga, a ARS subverte, pura e simplesmente, toda a coerência - ética e normativa - do problema (cfr. cit. art. 182º), já que coarcta ao médico o direito-dever de invocar, por escrito, o segredo profissional.

4. É de salientar, como o faz Jean-Marie Auby (LE DROIT DE LA SANTÉ, Paris, 1981, p. 251) que as regras sobre segredo médico tanto valem para a medicina preventiva ou de controle, como para a medicina de cuidados médicos.

5. Face a todo o exposto, e assegurando embora à ARS a audição prévia sobre o que desde já adianto, antes de formular uma Recomendação Administrativa (art. 34º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril), interrogo-me, com suficiente grau de segurança, se o que por ela for comunicado a esta Provedoria - no prazo de 5 dias a contar da recepção deste despacho - poderá alterar a minha posição de princípio.

6. Comunique com urgência à ARS de Lisboa.

Lisboa, 15 de Maio de 1991

Proc. nº 1546/91

SOBRE O DIREITO À GREVE

1.1. Expõe-me o Sindicato dos Músicos um condicionalismo que justifica a minha pronta intervenção.

Desponta ela da exegese que o Conselho de Administração do Teatro Nacional de S. Carlos faz do nº 1 do art. 7º da Lei nº 65/77, de 26 de Agosto (Lei da Greve).

1.2. Deu-se o caso de terem sido apresentados pelo Sindicato pré-avisos de greve para os dias 11, 15, 19 e 23 de Fevereiro último, respeitadamente aos espectáculos para então marcados da ópera "Rinaldo", de Haendel.

Aconteceu que a greve prevista para o dia 23 foi suspensa pelo Sindicato, conforme adequadamente comunicou.

Por assim ser, apenas se concretizaram greves nos dias 11, 15 e 19 de Fevereiro.

2.1. Entende, porém, o Conselho de Administração daquele Teatro Nacional, ao que vejo de documento subscrito pelo seu presidente, que, em decorrência da greve, se verificou "a perda de toda a produção orquestral entre 11 e 19 de Fevereiro"; isto porque "o período de ensaios, marcados em tabela para

uma produção anunciada na temporada do Teatro é um acto preparatório que só existe em função do espectáculo".

Por assim ser, tais ensaios são "períodos de não trabalho na proporção da inutilização orquestral dos espectáculos (já) marcados para aquela ópera".

A resultante desta perspectiva é, pois, a de considerar como "períodos de não trabalho os dias que medeiam entre o primeiro e o último espectáculos marcados e orquestralmente inutilizados pela greve".

2.2. Num gesto de boa vontade, o Conselho de Administração, "tendo verificado que a acumulação destes períodos de não laboração representaria a perda de remunerações correspondente a mais de nove dias úteis com consequências gravosas na economia familiar, (decidiu) excepcionalmente limitar a não remuneração a seis dias úteis".

3. É o direito à greve um direito e uma garantia fundamental dos trabalhadores (art. 57º da Constituição).

Implica, para além do mais, a suspensão do direito à retribuição, nos precisos termos do nº 1 do art. 7º daquela Lei de Agosto de 1977. Salvo em situações excepcionais, qualificáveis como greves atípicas - de que é claro exemplo a chamada "greve rotativa", que poderão motivar uma paralização induzida, o que não se passou, flagrantemente, na hipótese em exame, já que as decisões de greve disseram respeito a todos os músicos da orquestra - a não atribuição de retribuição deve apenas incidir nos

dias úteis abrangidos pela greve.

Situações clássicas de greves rotativas são aquelas em que elas se sucedem parceladamente por sectores estratégicos da empresa, implicando a paralização global da actividade desta. Próximas delas estarão as greves - trombose que, confinando-se a áreas-chave da empresa, têm, de igual modo, como resultante a cessação de toda a sua actividade.

Só que nada disto ocorreu aqui.

4. A postura do Conselho de Administração do Teatro Nacional de S. Carlos, além de inadequadamente paternalista, com isso afectando a dignidade dos trabalhadores, enquanto, por razões de mal-entendida caridade, lhes perdoa três dias de não-retribuição, pensando na sua "economia familiar", constitui uma inoportável arbitrariedade.

Ganhasse esta foros de cidade e o direito à greve transmudar-se-ia numa "concessão" das empresas, já que a estas caberia discricionariamente delimitar o período relevante para efeitos de retribuição.

5. Por mais concludente que seja qualquer situação posta à consideração do Orgão do Estado que é o Provedor de Justiça, deverá este conceder a faculdade de pronúncia por parte dos órgãos ou agentes postos em causa (art. 34º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril).

Assim sendo, e sem prejuízo da pertinência jurídica do que atrás ponderei, fixo ao aludido Conselho de Administração o prazo de 5 dias para,

caso querendo, dizer o que lhe possa, na
circunstância, aproveitar.

Lisboa, 17 de Maio de 1991

Proc. nº 1359/91

SOBRE O DIREITO À GREVE

(I)

1. A questão essencialmente implicada pela queixa que o SINDICATO DOS JORNALISTAS me apresenta quanto às decorrências da greve iniciada em 11 do corrente por jornalistas/repórteres de imagem e seus assistentes é a de apurar se as tarefas que deveriam ser efectuadas por esses trabalhadores poderiam ter sido asseguradas por empresas estranhas à RTP, através de contratos de prestação de serviços para tal efeito estabelecidos.

2. Ao que me é exposto pelo Sindicato reclamante, da situação foi dado atempadamente conhecimento à Inspeção-Geral do Trabalho, que parece ter entendido que essa prática não vulnera o disposto no art. 69. da Lei da Greve (Lei nº 65/77, de 28 de Agosto).

3. Recebida a queixa, de imediato solicitei ao Senhor Coordenador Desembargador Oliveira Guimarães que promovesse o seu estudo urgente; o processo foi logo depois distribuído ao Assessor Principal Dr. Bernardino Mateus.

Sem prejuízo de o processo continuar afectado aos mesmos Sr. Coordenador e Assessor, entendi - como, aliás, é minha prática frequente - avocá-lo, mesmo antes de se iniciar o solicitado estudo, afim de eu próprio sobre ele efectuar uma prévia e sumária reflexão.

4. É que, como também em outras situações acontece, o relevo da questão posta ultrapassa largamente o caso concreto; isto embora postulando algumas especificidades.

(II)

5. Estou em crer que, tal como me é descrito, o condicionalismo em causa afronta aquele art. 6º, já que em termos práticos teve como consequência a neutralização da greve. E isto porque os trabalhadores das empresas prestadoras de serviços substituíram (mal ou bem) os grevistas; os postos de trabalho paralisados foram preenchidos, se bem que com a mediação das empresas prestadoras de serviços, por "novos trabalhadores", preterindo a "postura garantística" da Lei da Greve (Monteiro Fernandes, DIREITO DE GREVE, 1982, p.p. 46-47).

E nem se assimile a hipótese àquela em que certos serviços globalmente prestados pela empresa na qual ocorre a situação de greve são temporariamente assegurados por outras empresas; assim, por exemplo,

no caso das empresas de transportes. Monteiro Fernandes distinguiu esta hipótese - sobre a qual me não cabe agora tomar posição - daquela (que é a que na situação sujeita se verifica) da "mera utilização de mão-de-obra cedida em regime de trabalho temporário para o preenchimento dos postos de trabalho que os grevistas normalmente detêm na orgânica da empresa" (ob. e loc. cits).

6. Como mais do que uma vez precisei, a interpretação da lei serve a realização do Direito; o que importa é captar a intencionalidade decisiva do legislador, num propósito de "descoberta" (Rechtsfindung) da razão de ser da norma legal (cfr., além do mais, o que neste sentido escrevi na Revista da Ordem dos Advogados, ano 44, maxime p. 532, e no Bol. do Ministério da Justiça, nº 348, maxime p. 6).

Ora, a ser assim, pela via adoptada pela RTP desfigurado ficaria o sentido útil do direito (fundamental) de greve, que é incondicionadamente reconhecido no nº 1 do art. 57º da Constituição.

(III)

7. Repare-se, aliás, que se trata, na circunstância, de uma greve que apenas incide no trabalho suplementar (aqui por tempo indeterminado) e em certos períodos do dia (duas horas para os repórteres de imagem e duas horas para os seus assistentes, não coincidentes entre elas). Este

último segmento apenas durante dez dias.

Ao contrário do que já foi sustentado na doutrina (cfr. Bernardo da Gama Lobo Xavier, DIREITO DA GREVE, 1984, p.p. 70 e 74), não são as greves ao trabalho suplementar ou as greves intermitentes greves impróprias ou abusivas.

8. Dá-se mesmo a situação de, tal como foi definida, a greve declarada na RTP não inviabilizar, se não parcelarmente, a actividade desta - precisamente porque não permanente, em termos de paralisar a produção informativa.

9. Não se perspectiva, pois, que a greve em causa pudesse pôr em risco o exercício de outro direito fundamental: o direito-dever de informar (nº 1 do art. 37º da Constituição).

O que porá em causa é o direito à igualdade (art. 13º), uma vez que apenas certos trabalhadores da RTP poderão ser substituídos no período da greve, o mesmo não se passando com outros trabalhadores.

(IV)

10. Cabe, em linha decisiva, à Inspeção-Geral do Trabalho "fazer cumprir as normas do direito do trabalho" - e, por conseguinte, o direito de greve (nº 1, al. a), do art. 3º do seu Estatuto aprovado Decreto-Lei nº 327/83, de 8 de Julho).

11. Por isso mesmo, entendo que ela deve ser questionada, ao abrigo do art. 29º, nºs. 1 e 2, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, sobre qual o procedimento e o critério que concretamente adoptou face à comunicação que lhe apresentou o Sindicato dos Jornalistas.

Dada a urgência que já evidenciei, fixo o prazo de 20 dias para a prestação dos esclarecimentos que determino lhe sejam solicitados (nºs. 4 e 6º da cit. Lei nº 9/91).

12. Findo esse prazo, deverá a a Assessoria dar-me conta da resposta obtida, e do que, face a ela, me propõe, numa análise mais aprofundada da questão.

13. Volte o processo ao Sr. Assessor Dr. Bernardino Mateus.

Dê-se, entretanto, conhecimento deste meu despacho à Direcção do Sindicato dos Jornalistas.

Lisboa, 22 de Julho de 1991

(Proc. nº 2312/91)

DIREITOS DAS COMISSÕES DE
TRABALHADORES

1. A queixa da Comissão Coordenadora das Comissões de Trabalhadores das empresas do Sector Bancário, não obstante ter dado entrada na Provedoria em 14 de Janeiro deste ano, só há três dias foi submetida à minha apreciação; nos cerca de seis meses transcorridos depreendo que se terão enfrentado diversas questões de metodologia ou de análise, quer a nível da Assessoria, quer do Senhor Provedor Adjunto.

O certo é que a queixa me é presente sem nenhum parecer já elaborado - o que não significa, obviamente, que tenha ficado "esquecida" entre a avalanche de processos que ao longo do corrente ano está a por seriamente à prova a capacidade de resposta, em tempo útil, da Provedoria. Incidentalmente referirei que até 15 de Julho de 1990 ingressaram na Provedoria 1668 processos; o número para o homólogo período deste ano avolumou-se para 2380.

2. Daí que, ainda desta vez, eu próprio me vá ocupar do estudo prévio da questão, até porque a considero de determinante relevo para a efectiva concretização dos direitos dos trabalhadores - que têm sido um dos alvos preferenciais da minha actuação.

3. Desde logo entendo que o não cumprimento da audição prevista na alínea j) do nº 1 do art. 24º da Lei nº 46/79, de 12 de Setembro, ferirá de nulidade a nomeação dos gestores: a obrigatória recolha do

parecer escrito é um inarredável pressuposto da validade do acto.

De sublinhar será, aliás, que a própria colocação das C.T. no Capítulo III do Título II da Constituição, este consagrado aos Direitos, Liberdades e Garantias, antes mesmo dos preceitos respeitantes à liberdade sindical, sintomatiza bem o máximo relevo que o ordenamento fundamental lhes reconhece.

4. Entretanto, uma questão ainda mais actual e de contornos mais dificilmente precisáveis - até agora não enfrentada pela estrutura técnica que, como Provedor, me apoia - será a de saber se nas empresas privatizadas os trabalhadores manterão o direito de, através das C.T., eleger os seus representantes para os órgãos sociais.

Em abono da solução afirmativa, argumentou a C.T. do BESCL com o disposto no art. 269º, al. c), da Constituição - e, adicionalmente, com o preceituado no art. 19º da Lei nº 11/90, de 5 de Abril e nos arts. 30º e 31º daquela Lei nº 46/79.

5. Ninguém duvidará que as C.T., não sendo um órgão ou um serviço da empresa, são, por certo "uma instância representativa dos trabalhadores". Essa a sua razão de ser.

Por conseguinte, o sentido útil que lhes poderá ser atribuído é o de constituírem com que uma expressão dos interesses e direitos dos trabalhadores: têm alguns direitos que não são apenas os individualmente atribuídos aos trabalhadores, mas são como que porta-voz dos direitos que aos trabalhadores

pertencem, pelo menos, num ponto de vista de organização, de estruturação e de funcionamento da empresa.

6. Tudo estará, pois, em apurar se os direitos e obrigações a que se reporta a alínea c) do art. 296º da Constituição são apenas direitos individuais de natureza privatística (?) ou juslaboral (estabilidade no emprego, antiguidade, remuneração, etc.) ou direitos de natureza ou significação colectivas (que são os agora em causa).

7. No sentido de serem apenas os primeiros poderá ser chamado à colação o art. 90º da Constituição, ao confinar ao sector público a participação efectiva dos trabalhadores na gestão das empresas.

Mas o certo é que a alínea c) do art. 296º não distingue entre classes de direitos - o mesmo acontecendo com o art. 19º daquela Lei nº 11/90 (Lei Quadro das Privatizações).

Não afronta, de resto, a natureza das empresas privadas (mesmo num país tão reticente a adoptar sistemas de cogestão ou de participação dos trabalhadores na gestão) a existência, nelas, de representantes dos trabalhadores nos órgãos sociais. É o que se mostra do art. 30º da Lei nº. 46/79, que relega para a vontade das partes (nº 3) ou para "lei própria" (nº 4) a definição desse estatuto interno.

8. Entendo assim que a questão deve, neste prisma, ser estudada com urgência pela Assessoria.

Remeta-se, entretanto, e desde já, este meu despacho à Comissão Coordenadora reclamante, com o pedido de prestação de elementos de análise que, para o efeito, considere úteis.

Remeta-se-lhe ainda cópia do pedido de declaração de inconstitucionalidade que eu próprio elaborei quanto aos Decretos-Leis nºs 12/90 e 47/91, embora ele verse sobre uma hipótese não coincidente.

9. Volte-me o processo dentro de 40 dias, sob risco de a intervenção, com base nele, do Provedor, não atingir uma resultante prática - que é a finalidade óbvia de todas as intervenções do Provedor.

Lisboa, 25 de Julho de 1991

(Proc. nº. 2252/86)

ATRAZOS VERIFICADOS EM
PAGAMENTOS A PROFESSORES

1. Como logo advem do seu próprio preâmbulo está o Decreto-Lei nº. 409/89, de 18 de Novembro, intencionalizado a estabelecer um novo estatuto remuneratório para os docentes da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário. Aplicar-se-á tal estatuto ao pessoal docente perfigurado nos artigos 2º. e 3º. do diploma. E, em síntese, o novo sistema retributivo tem como determinante caracterização a substituição das fases e diuturnidades por escalões.

Definidos os escalões de ingresso no art. 7º, opera-se a progressão nos escalões da carreira docente nos termos do art. 9º, incumbindo às direcções regionais de educação a listagem dos docentes que progrediram de escalão (nº 4 desse art. 9º), não carecendo a progressão de fiscalização prévia do Tribunal de Contas nem de publicação no Diário da República.

Nos termos do nº 2 do art. 23º "a progressão nos escalões tem lugar a partir de 1 de Janeiro de 1991".

2. Deu-se, porém, o caso - conforme foi amplamente difundido na Comunicação Social pelo Ministério da Educação - de este ter constatado que o pagamento da componente remuneratória dimanada da

progressão nos escalões apenas se poderia vir efectuar em Julho de 1991.

Isto, ao que se declarou, porque tal pagamento apenas será legalmente possível "depois da publicação integral das listas de todos os professores abrangidos".

3. Pelo que me foi referido, designadamente pelo SINDEP - Sindicato Democrático dos Professores, o atraso verificado ter-se-á devido, segundo afirmações do Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Educação, à falta de sistema informatizado e de recursos humanos.

4. Daí que desde logo esse Sindicato tenha considerado que tal retardamento quanto ao pontual cumprimento de obrigações a cargo do Estado deveria dar causa ao pagamento adicional de juros de mora - já que imputável ao próprio Estado ("mora solverdi").

5. De igual modo a FENPROF -Federação Nacional dos Professores pediu a intervenção deste Órgão do Estado no sentido de ser posto termos às situações anómalas que se perfilam no pagamento de remunerações devidas a professores.

Trata-se, como me diz, de "uma situação tanto mais grave quanto no Ensino (se têm) multiplicado diversas situações de dívida (...). De facto são neste momento inúmeras situações em que o Estado acumula centenas de milhares de contos de dívida para com os docentes".

E acrescenta:

"Os prejuízos que daí decorrem são óbvios, tanto mais que, protelando o Estado o cumprimento das suas obrigações para com os seus trabalhadores, já o mesmo não admite quando estes, de algum modo, não correspondem nos deveres (por exemplo no pagamento de impostos".

6. É de observar que até mim chegaram numerosas reclamações oriundas, designadamente, de Conselhos Directivos de Escolas Secundárias ou Preparatórias.

Delas advem, no que agora releva, que tais conselhos directivos asseveram ter dado cumprimento ao que lhes caberá fazer, ou seja, às normas legais aplicáveis e às instruções de aplicação transmitidas pela Circular nº 2/91, de 11 de Janeiro, do Gabinete de Gestão Financeira do Ministério da Educação e pela Circular nº. 11/91, de 18 de Fevereiro, da Direcção-Geral da Administração Escolar.

7. Observarei, desde já, por minha parte, que tais circulares terão sido tardiamente enviadas, para produzirem o previsível efeito útil - que seria o de viabilizarem, na perspectiva do Ministério da Educação, o pontual pagamento.

8. Não vejo, em tese que exista qualquer razão de ordem jurídica ou decorrente de legislação explicitada que exonere o Estado de suportar juros de mora em casos de atraso em pagamentos devidos a particulares.

Passa, aliás, como doutrina corrente a de que qualquer componente da remuneração de um funcionário deve ser pontualmente paga. Ocorre como que uma interacção ou um sinalagma entre o trabalho prestado e o recebimento integral da contra-prestação remuneratória.

As disposições conjugadas dos artigos 1º, nº 1, e 2º, nº 1 do Decreto-Lei nº 49 168, de 5.8.1969 não implica, na sua previsão, uma situação de imunidade geral para o Estado, reportando-se, exclusivamente, às dívidas do Estado ao próprio Estado ou seus serviços ou organismos autónomos, e às autarquias locais.

Por assim ser, estão as dívidas do Estado aos seus funcionários ou agentes (o que é a hipótese sub judice) sujeitas ao regime geral do direito das obrigações.

Abonando este posicionamento poderei apontar o Acórdão do S.T.A. de 8.10.1987, em Acórdãos Doutriniais, nº. 319, p. 881. E, de igual modo, o Acórdão do mesmo S.T.A. de 29.3.1990, na mesma colectânea, nº 349, p. 20.

9. Visto este contexto, e antes de formular uma conclusão definitiva, entendo que deverá ser ouvido o Ministério da Educação para prestar os esclarecimentos adequados, designadamente quanto ao pagamento dos juros de mora que forem devidos. Isto em reiteração da carta já enviada a 10 do corrente pelo Senhor Juiz Coordenador ao Gabinete do Senhor Ministro da Educação.

Face à urgência que as circunstâncias manifestamente preconizam - até pelo muito significativo universo de destinatários de qualquer medida do Governo e pelas suas implicações sociais e pedagógicas - fixo o prazo de 8 dias para uma concludente tomada de posição, que me habilite a, mais disponibilmente, adoptar a que eu próprio deverei assumir.

10. Ao Senhor Juiz Coordenador.

Lisboa, 15 de Abril de 1991

Proc. nº 1010/91

ATRAZOS VERIFICADOS EM
PAGAMENTOS A PROFESSORES

1. Cabe-me tomar posição sobre a resposta transmitida à Provedoria de Justiça pelo Ministério da Educação quanto aos atrasos no pagamento de segmentos de remunerações devidas a professores; isto face às queixas que me foram apresentadas pelo SINDEP - Sindicato Democrático dos Professores e pela FENPROF - Federação Nacional dos Professores.

É de salientar que como decorrência, pelo menos temporal, do meu despacho de 15 de Abril, verificou-se, por parte daquele Ministério, um assinalável esforço de ultrapassagem dos atrasos verificados na aplicação do novo sistema retributivo, nos termos do Decreto-Lei nº 469/89, de 18 de Novembro. Ao que me é dado depreender da comunicação enviada em 18 de Junho findo ao meu Gabinete pelo Gabinete do Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Educação estará já resolvido o problema da mudança de escalões, retroagida à data legalmente pré-fixada.

2. Subsiste, apenas, a questão de apurar se deverão ser pagos juros de mora pelo não cumprimento atempado da obrigação que o Estado assumira por via

legislativa.

É esta perspectiva fundamentalmente suscitada pelo SINDEP.

3.1. Num plano de pura indagação técnico-jurídico não creio que as razões aduzidas pelo Governo logrem convencer.

Brevitatis causa, pelo seguinte:

Todos os actos e procedimentos conducentes ao pagamento, na íntegra, das novas remunerações eram da responsabilidade do Ministério da Educação, incluindo a elaboração, por distrito, da lista da transição do pessoal docente para a nova estrutura de carreira docente, já que ela competia à Direcção Geral de Administração Escolar (nº 2 do art. 26º do cit. Decreto-Lei).

Por outro lado, a aduzida razão de que o pagamento, pelo Estado, de juros de mora implicaria uma despesa pública manifestamente ilegal, porque não orçamentalmente prevista - e, portanto, não autorizada pela Assembleia da República - não pode de modo algum, proceder. Se assim se passassem as coisas, ficaria o Estado exonerado de suportar quaisquer prejuízos causados pela mora a que desse causa na precisa anualidade a que o Orçamento do Estado se reportasse. Isto mesmo em casos ainda mais concludentes e violadores, mesmo, de regras triviais da boa fé (o que aqui, em boa verdade, não acontece). É bem patente que, em geral, ocorrendo a insuficiência de uma

dotação orçamental, deverá o Governo proceder, nos termos legais, às necessárias rectificações ou alterações; o que não estiver previsto (por não ser previsível) no Orçamento do Estado - que, ultima ratio, é um plano financeiro do Estado - deverá ser suprido com recurso a mecanismos que permitam que sejam respeitadas as obrigações supervenientes; o que o Estado não poderá é deixar de solver aquilo que deve.

Aliás, a ser tomada ao pé de letra esta razão, aventada pelo Governo, excluída ficaria a necessidade de encarar todos as demais.

3.2. Quanto à invocação do Decreto-Lei nº 48051, de 21.11.1967, tem-se não ser ela pertinente, já que aquilo sobre que tal diploma versa é sobre a responsabilidade extracontratual do Estado.

Como também não será a chamada à colação do nº 3 do art. 805º do Código Civil, até porque a obrigação do Estado tinha prazo certo (al. a) do nº 2 desse art. 805º), não se tratando, pois, de um crédito ilíquido.

Finalmente, quanto à exoneração, com carácter de generalidade, da obrigação de o Estado suportar juros de mora demonstrei já no meu despacho de 15 de Abril que o regime do Decreto-Lei nº 49168, de 5.8.1969, apenas abrange na sua previsão as dívidas do Estado e dos seus serviços ao próprio Estado (em sentido amplo), não lhe outorgando qualquer imunidade quanto às que tiverem como contra-parte os seus

funcionários ou agentes.

4. É de compreender, no entanto, que o Governo (este ou qualquer outro) não assuma, sem mais, a obrigação de suportar juros de mora pelo pagamento diferido de quaisquer aumentos de vencimentos.

E, para além de avaliações de legalidade, tem o Provedor de Justiça que não subestimar critérios de oportunidade e de razoabilidade. Mesmo um Estado que se pretenda assumir como pessoa de bem tem de ponderar o relevo do precedente que deste modo criaria.

5. Mas, a ser assim, que preconizar?

A posição do SINDEP - da qual, ao que depreendo, não dissente a FENPROF - não deixa de ter cobertura legal. Alicerça-se a posição do Ministério da Educação, por seu lado, e além do mais, em compreensíveis motivos de política geral de actuação.

6. Estou em supor que se poderia lançar mão de um mecanismo arbitral homólogo ao que para as relações de direito privado (o que não é o caso) se prevê na Lei nº 31/86, de 29 de Agosto (nº 4 do art. 1º).

Dado o relevo da questão, e o melindre que ela envolve, nada impede que uma lei especial possa autorizar que o Estado se comprometa numa arbitragem.

Se assim não fôr, e dada a peremptória

posição assumida pelo Governo, restará aos Sindicatos que porventura pretendam ingressar nessa via recorrer à jurisdição administrativa.

Isto num ponto de vista realístico - que é aquele que o Provedor de Justiça sempre pretende adoptar.

Lisboa, 12 de Julho de 1991

(Proc. nº 1010/91)

DÍVIDAS DO MINISTÉRIO DA
SAÚDE À ASSOCIAÇÃO NACIONAL
DAS FARMÁCIAS

1. Foi-me exposta, em 6 do corrente, pela Direcção da Associação Nacional das Farmácias (ANF) um circunstancialismo que justifica a minha imediata intervenção.

Tem ele a ver com a reiterada falta de cumprimento pontual, por parte do Ministério da Saúde, das obrigações para ele dimanadas da aplicação do Acordo que, em 3.6.1988, celebrou com aquela ANF "com o objectivo de assegurar o fornecimento de medicamentos e de produtos dietéticos aos utentes do Serviço Nacional de Saúde" (nº 1 do art. 1º)

Dá-se o caso de o modo de apuramento e de o prazo de pagamento, por cada Administração Regional de Saúde, dos fornecimentos efectuados pelas farmácias estarem concludentemente textualizados no Acordo.

Ora, ao que se mostra de documentação que me foi presente pela ANF, a dívida total do Ministério às farmácias nela associadas, e assumida pela ANF, era, em 24.4.1991, de 3.108.764.333\$50, sendo uma parcela de 2.842.744.478\$00 relativa ao mês de Fevereiro e uma outra de 266.019.855\$90 respeitante a meses anteriores.

2. Em exposição dirigida em 30 do mês findo ao Senhor Ministro da Saúde refere a ANF que tal dívida representa para ela, ANF, um encargo mensal de juros de cerca de 40.000.000\$00.

E refere ainda que a mora verificada lhe "custou" em 1990 mais de 200.000.000\$00 em juros, "além de outros prejuízos", tendo implicado no 1º trimestre de 1991 um custo de de "quase cem mil contos".

3. Da análise do processo verifico que o grau de incumprimento, sectorizado pelas várias Administrações Regionais de Saúde, é diverso, sendo, por exemplo, particularmente significativo, neste momento, quanto à de Braga, respeitadamente à qual estavam em 24 do mês findo em dívida a totalidade dos fornecimentos referentes a Fevereiro (cerca de 400 mil contos), a que acresciam mais de 227 mil contos relativos a meses anteriores.

Constato ainda que a situação global tem oscilado, sem, no entanto, ter estado alguma vez, pelo menos desde a celebração do Acordo, resolvida.

Não haverá, por assim dizer, uma súbita espiral de aumento do montante em dívida; só que os atrasos nos pagamentos se tornaram uma prática de rotina, tendendo a intensificar-se.

4. Há todavia, um ofício do Gabinete do Senhor Secretário de Estado da Administração de Saúde, dirigido em 11.10.1990 à Direcção da ANS, que se me afigura de destacar.

Com efeito, nele se diz que as Administrações Regionais de Saúde "são financiadas no início de cada ano para fazerem face às despesas de funcionamento, tendo (elas) autonomia administrativa e financeira". Por assim ser, a responsabilidade pelo "cumprimento dos compromissos financeiros assumidos" caberia a elas, "o que não significa, como sempre tem acontecido, que não haja da parte do Ministério uma cuidadosa atitude de acompanhamento do cumprimento das obrigações (delas)".

5. O certo, porém, é que o Acordo foi celebrado entre o Ministério da Saúde e a ANF, cabendo, pois, ao Ministério da Saúde - o mesmo que é dizer ao Estado - promover o seu exacto cumprimento.

6. Estou em crer que o presente estado de coisas não se pode perpetuar.

Compreender-se-ia uma situação ocasional de desequilíbrio financeiro de qualquer das Administrações Regionais de Saúde.

Mas o sistema dos atrasos no cumprimento não é de aceitar. Realmente para além de dar causa a prejuízos endossados a uma entidade privada e de desfigurar a imagem do Estado, entendido como entidade que cumpre as obrigações a que livremente se vinculou, convola para a ANF, como efeito reflexo, uma parte do custo do financiamento do Serviço Nacional de Saúde, que, seja qual for a sua forma de gestão, subsiste como uma incumbência prioritária do Estado, designadamente no tocante ao custos dos cuidados

medicamentosos (al. c) do nº. 4 do art. 64º da Constituição).

7. Apresenta-me a ANF uma extensa documentação referente aos juros que se viu forçada a suportar, perante a Banca comercial, de 1.7.1988 a 31.3.1991.

Mesmo sem proceder à sua detalhada análise, induz ela na forte probabilidade de o seu montante total ser o revelado pela ANF: 428 mil contos.

8. Nos termos do art. 34º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, devo ouvir o Senhor Ministro da Saúde, antes de formular conclusões definitivas.

Realmente, é o Ministério da Saúde que está em causa quanto ao cumprimento de um acordo (contrato) a que livremente se vinculou, e não, como é óbvio, cada ARS. Estas não são parte no contrato.

Comunique, pois, este meu despacho ao Gabinete do Senhor Ministro da Saúde, para lhe ser presente e para, caso queira, sobre ele se pronunciar. Aguarde 10 dias e volte-me depois concluso.

Lisboa, 15 de Abril de 1991

DÍVIDAS DO MINISTÉRIO DA
SAÚDE À ASSOCIAÇÃO NACIONAL
DAS FARMÁCIAS

1. Dei conhecimento à Associação Nacional das Farmácias dos esclarecimentos prestados pelo Senhor Secretário de Estado da Administração de Saúde sobre a persistente situação de dívida das ARS àquela Associação.

Por ela sou informado, através do meu Gabinete, que tal situação não se alterou - e que, ao invés, se tenderá agravar a um ponto ainda mais significativo.

2. Cumpre-me tomar posição.

É evidente que o Decreto-Lei nº 254/82, de 29 de Junho, estabelece um quadro jurídico de relevo meramente formal. O suporte financeiro das ARS continua a ser o Ministério da Saúde, como aliás se depreende da carta que me enviou o Senhor Secretário de Estado da Administração de Saúde. Tudo o que a este respeito observo no meu despacho de 15 de Abril findo mantém incólume pertinência.

De resto, e não obstante a figurada "personalidade jurídica" atribuída às ARS pelo aludido diploma legal, o certo é que o Acordo para o fornecimento de medicamentos e de produtos dietéticos teve como polos contratuais o Ministério da Saúde e a ANF.

O sistema financeiro estabelecido nos arts. 159 e segs. não é da essência do contrato: repercute sim, um mecanismo meramente operativo, que não dilui a responsabilidade contratual (e moral) do Ministério da Saúde.

3. Mantenho, pois, na íntegra as ponderações que fiz no meu aludido despacho.

E recomendo ao Ministério da Saúde que providencie pelo pagamento a curto prazo das quantias em dívida, acrescidas de juros de mora contados desde a data dos respectivos vencimentos.

4. Comunique.

Lisboa, 19 de Setembro de 1991

Proc. 1424/91

DIREITO DE NEGOCIAÇÃO DOS TRABALHADORES
DA FUNÇÃO PÚBLICA

(I)

1. Em exposição que deu entrada na Provedoria em 14 do mês findo e de que eu próprio, nesta fase de análise prévia (e, obviamente, na de decisão final) pessoalmente me ocupo, queixa-se a FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SINDICATOS DA FUNÇÃO PÚBLICA de que o Governo, por actos ou omissões, está a violar o direito de negociação que, como associação sindical, lhe assiste - designadamente por aplicação do Decreto-Lei nº 45 - A/84, de 3 de Fevereiro.

2. Na realidade, foi aquela FEDERAÇÃO uma das signatárias (a primeira) do PROTOCOLO DE ACORDO assinado, em 15.2.1989, com o Governo; isto através da COMISSÃO NEGOCIADORA SINDICAL (CNS) da Frente Comum dos Sindicatos da Função Pública.

3.1. Em 5.9.1990, a mesma FEDERAÇÃO, sempre como 1ª signatária, fez entrega ao Governo, através da Senhora Secretária de Estado do Orçamento, da PLATAFORMA REIVINDICATIVA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA respeitante a 1991 - igualmente subscrita por mais 15 organizações sindicais representativas dos trabalhadores da Administração Pública Central, Regional e Local.

3.2. Compreendia essa PLATAFORMA REIVINDICATIVA um elenco de áreas ou matérias que deveriam implicar negociação e/ou participação sindical.

Assim, o sistema das carreiras profissionais, o regime de duração e horário de trabalho, a formação profissional, a estabilidade de emprego, a higiene e segurança no trabalho, o regime de acidentes em serviço e doenças profissionais, política fiscal, propriedade intelectual, balanço social e direito à informação.

4.1. Ao que afirma a FEDERAÇÃO ora reclamante, em 6.12.1990 a Senhora Secretária de Estado do Orçamento deu por encerradas as negociações relativas à revisão salarial para 1991 e demais matérias de incidência pecuniária.

Mas ter-se-à comprometido a efectuar a discussão das restantes matérias, eventualmente com início em Janeiro de 1991.

4.2. Como tal não acontecesse a FEDERAÇÃO solicitou à Senhora Secretária de Estado o projectado reinício do processamento negocial; isto em 25.1.1991, 7.2.1991 e 18.3.1991.

Enviou a mesma FEDERAÇÃO ao Senhor Ministro das Finanças uma carta, em 11.4.1991, a que deu publicidade através dos meios de comunicação social.

5. Na perspectiva da FEDERAÇÃO terá sido em sequência a essa carta que o Gabinete da Senhora Secretária de Estado a informou, por carta de 19 desse mês de Abril, que se iriam iniciar, concluída (ou quase) como estava a aplicação do NSR às situações não enquadradas no regime geral, as reuniões da Comissão Técnica prevista no Acordo Salarial.

Rejeita ainda a Senhora Secretária de Estado as imputações feitas pela FEDERAÇÃO.

6. Só que, ao que esta revela, tais reuniões com ela, FEDERAÇÃO, nunca se chegaram a iniciar.

Entretanto, e ao invés, tem o Governo realizado reuniões com outras organizações sindicais, tendo com elas constituído Comissões Técnicas para apreciação de algumas das matérias atrás elencadas.

7. Considera a FEDERAÇÃO que, marginalizando a Comissão Negociadora da Plataforma Reivindicativa para a Administração Pública, por ela encimada, em favor de Sindicatos da FESAP, está o Governo a incumprir compromissos assumidos.

(II)

8. Não sofre dúvida que, como regra, ao Governo não é dado "escolher" os seus "interlocutores" negociais. E se não é determinante o critério do "mais representativo", não será dado pôr de remissa que, na

circunstância, a FEDERAÇÃO o é, ao que me é dado saber.

Por conseguinte, qualquer discriminação, em relação a ela, assumirá um mais significativo peso - até numa perspectiva sociológica e de paz e justiça social.

9. Acresce a circunstância de, como documentalmente demonstra a FEDERAÇÃO reclamante, na reunião havida entre ela e a Senhora Secretária de Estado do Orçamento ter ficado acordado que, ultimada a 1ª fase das negociações ("de natureza salarial"), uma 2ª fase se abriria quanto às restantes matérias.

10. Prima facie tenho, pois, que existe, pelo menos, uma assintonia de critérios de actualização entre o Governo e a FEDERAÇÃO reclamante - que muito me empenharei em ver ultrapassada.

11. Para mais, qualquer disparidade de tratamento em relação a várias estruturas sindicais tem como inelutável corolário a afectação da plenitude da liberdade sindical, tão expressivamente consagrada na Constituição (artº 55º), num momento em, por decorrência dela, coexistem, para a mesma área de actividade (no caso a mais alargada de todas, ou seja, a Administração Pública) organizações sindicais "paralelas".

Sem perspectivar que seja essa a intencionalidade do Governo, a resultante de um tratamento mais favorável face a certas estruturas

sindicais será, quer se queira, quer não, uma fragilização, mesmo que implícita, da inteira disponibilidade de integração sindical.

(III)

12. Cabe-me, no entanto, antes de formular quaisquer conclusões, promover a audição prévia da Senhora Secretária de Estado do Orçamento (artº 34º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril).

13. Remeta-se, pois, este meu despacho ao seu Gabinete, com a solicitação de que, no prazo de 30 dias, sejam enviados a esta Provedoria de Justiça os adequados esclarecimentos (artº 29º da cit. Lei nº 9/91).

Comunique ainda este meu despacho à FEDERAÇÃO reclamante.

Lisboa, 2 de Julho de 1991

INSPECÇÃO SANITÁRIA

DO PESCADO

1. Terá a problemática proposta pela inspecção sanitária do pescado nas lotas que ser urgentemente encarada e resolvida, em termos não apenas legais - mas de eficácia prática.

Para tal há que providenciar no sentido da criação do serviço nacional de inspecção higio-sanitário.

Num plano de efectividade, o que a Portaria nº 9/89, de 4 de Janeiro, que aprovou o Regulamento Geral do Funcionamento das Lotas, impõe quanto à inspecção higio-sanitário do pescado entre a descarga e o acto de entrega do pescado não passa de uma boa intenção, como, aliás, com toda a lisura, reconhece o Gabinete do Senhor Secretário de Estado das Pescas.

Isto "por dificuldades de vária ordem", como sejam, além de outros, a inexistência, no âmbito da Direcção-Geral da Pecuária, daquele Serviço Nacional de Inspecção Higio-Sanitário.

2. Importa ultrapassar as dificuldades logísticas existentes e que recrutar os médico-veterinários e auxiliares de inspecção sanitária necessários à execução dessa tarefa de fundamental

relevo público.

3. É de inferir que estão a ser envidados os possíveis esforços necessários à ultrapassagem da situação de carência existente. Isto quer por parte da Direcção-Geral da Pecuária, como do Instituto Português de Conservas e Pescado.

Mas a essencialidade da sua resolução não consente delongas.

Uma das vias será, eventualmente, a contratação, com carácter transitório, de técnicos que desempenhem as tarefas em causa.

4. Entra, realmente, insisto, em risco a saúde das populações, ou seja, a dos consumidores, e suscitam-se os conflitos, evidenciados pela Associação dos Comerciantes de Pescado, entre os agentes económicos envolvidos, entorpecendo a fluidez e a normalidade da contratação.

5. Remeta-se, pois, este meu despacho - que vale como Recomendação (art. 38º da Lei nº 9/91 de 9 de Abril) ao Gabinete do Senhor Ministro da Agricultura, Pescas e Alimentação.

E dê-se conhecimento aos reclamantes nos
procs. 156/91 e 1762/91.

Lisboa, 17 de Julho de 1991

(Proc. nº 156/91)

SOBRE BENEFÍCIOS FISCAIS EM CASO
DE REFLORESTAÇÃO DE ÁREAS ATINGIDAS
POR INCÊNDIOS FLORESTAIS

1. A legislação mais recente sobre a matéria de incêndios florestais, designadamente a respeitante à reflorestação (Decreto-Lei nº. 139/88, de 22/4, Dec-Lei nº. 180/89, de 30/5 e Decreto-Lei nº. 327/90, de 22/10) tem a decisiva intencionalidade de defender o património florestal através de medidas adequadas.

2. Assim, o Decreto-Lei nº. 139/88 obriga os proprietários de áreas percorridas pelo fogo a efectuar, no prazo de dois anos, a sua rearborização, a menos que esta não se revele a forma mais adequada de utilização dos terrenos em causa, ou, então, quando a situação económica do proprietário não permita tal reflorestação. No mesmo sentido se orientou o Decreto-Lei nº. 188/89, que veio também impor a reflorestação aos arrendatários dos terrenos afectados por incêndios. E o Decreto-Lei nº. 327/90 veio compendiar medidas para ordenamento da floresta mediante a consagração de algumas normas proibitivas para vigorarem pelo prazo de dez anos.

3. Sujeitam, pois, os aludidos diplomas os proprietários e arrendatários de terrenos percorridos por incêndios florestais ao ónus da reflorestação, como se consignou no preâmbulo do Decreto-Lei nº.

327/90, de 22/10. São, porém, omissos acerca de eventuais benefícios a conceder aos mesmos no decurso do prazo previsto para estimular as desejadas re-arborizações e defesa do patrimônio florestal do País.

4. A sede própria para a consagração de benefícios de natureza fiscal - o Estatuto dos Benefícios Fiscais - nada dispõe a respeito das facilidades a conceder, no período da reflorestação, aos proprietários e arrendatários de terrenos atingidos por incêndios florestais.

5. Afigura-se-me, assim, que a eficácia das medidas visando a re-arborização e defesa do patrimônio florestal apenas poderá ser viabilizada se, paralelamente, aos proprietários e aos arrendatários dos terrenos em causa forem concedidos benefícios estimulantes no plano da fiscalidade durante a reflorestação.

6. Nestes termos, e com aplicação da alínea b) do nº. 1 do artigo 20º. da Lei nº. 9/91, de 9 de Abril, recomendo que seja editada legislação que conceda aos proprietários e arrendatários de terrenos percorridos por incêndios florestais benefícios fiscais relativamente ao período que fôr fixado para a reflorestação dos mesmos terrenos.

7. Remeta-se aos Gabinetes de Suas Excelências os Presidente da Assembleia da República, Primeiro Ministro e Ministro das Finanças.

Lisboa, 21 de Agosto de 1991

Pº 2226/90

INDEMNIZAÇÃO A UM GESTOR DE
UMA SEGURADORA NACIONALIZADA

(I)

1. Apresenta-me o Sr. Dr. (.....
.....) uma reclamação, que amplamente
justifica e documenta.

Determinei que sobre ela fosse prestada
uma informação preliminar por um Sr. Assessor, que,
com a concordância de um dos Srs. Juizes-Coordenado-
res, sumariamente conclui pela inteira procedibilidade
da pretensão do Reclamante.

No entanto, para mais completa
configuração do problema num ponto de vista fáctico e
no plano jurídico, entendo dever ser eu próprio a
elaborar este despacho.

2.1. Foi o Reclamante nomeado pelo Estado
Administrador da (...), em 15.7.1969, tendo o seu
mandato sido renovado, já então como Presidente do
Conselho de Administração, em 20.3.1973.

Aconteceu, entretanto, que a Resolução do
Conselho de Ministros de 29.5.1974 fez cessar de
imediato os mandatos de todos os administradores por
parte do Estado nomeados antes de 25.4.1974, sem
prejuízo da ulterior consideração de certos casos.

Cessou, assim, o mandato do Reclamante em
5.6.1974 (data da publicação da aludida Resolução).

Reconsiderado o seu caso, foi o Reclamante nomeado, por despacho do Primeiro-Ministro, e nos termos do Decreto-Lei nº 40 833, de 29.10.1956, e do art. 1º do Decreto-Lei nº 139/70, de 7 de Abril, administrador por parte do Estado na mesma (.....)

2.2. Salvo bem contadas excepções, foram nacionalizadas, pelo Decreto-Lei nº 135-A/75, de 15 de Março, todas as companhias de seguros - e, portanto, a (.....)

E porque o art. 5º desse diploma dissolveu os órgãos sociais das companhias de seguros nacionalizadas, cessou o mandato do Reclamante nesse próprio dia.

Ora tal mandato apenas cessaria, se esse condicionalismo não tivesse ocorrido, na assembleia geral da (.....) que para o efeito fosse convocada em 1978 (art. 1º do cit. Decreto-Lei nº 139/70).

2.3. É, porém, de sublinhar que aquilo que se passou com o Reclamante não se passou com os administradores das instituições bancárias, já que no Decreto-Lei nº 132-A/75, de 14 de Março, foi ressalvada a situação dos administradores que tivessem sido nomeados pelo Conselho de Ministros - os quais se mantiveram em funções nas comissões administrativas.

No tocante às seguradoras esse tratamento foi somente previsto para os vogais de comissões administrativas nomeados por portaria do Ministro das Finanças (art. 8º do Decreto-Lei nº 135-A/75).

2.4. É, com afoiteza, de presumir que a patente discriminação deste modo criada adveio de mero lapso - despontado da fase de perturbação que o País então atravessou.

3. O Reclamante dá conta de um facto que é, aliás, de considerar como notório. Realmente, com a súbita e inesperada cessação do seu mandato na (...), foi forçado a ausentar-se para fora do País, para poder exercer uma actividade profissional adequada. A sua família ficou dividida entre dois continentes. Teve de sofrer as sequelas de uma brusca adaptação, sem dúvida traumatizante.

(II)

4. Embora tendo sido nomeado pelo Estado (através do despacho do Primeiro-Ministro) administrador da (...) a relação que daí adveio tem como essenciais polos o Reclamante e esta Empresa. Formou-se uma relação de mandato entre ambos, à qual se aplica o regime geral do Código Civil (artigos 1157º e segs). A nomeação pelo Estado não significa que, integrado na administração de uma empresa, os interesses que o mandatário deverá precipuamente acautelar sejam os do próprio Estado: serão os da empresa, embora indirectamente reflectidos nos do próprio Estado, enquanto accionista.

É mesmo de crer que se não deve transpor para tal situação a que decorre da condição de gestor

público, até porque à data da designação a (...) era ainda uma empresa não nacionalizada.

Ou seja, o estatuto de um administrador por parte do Estado era em tudo análogo ao de um administrador eleito em assembleia geral, embora com algumas especificidades que para a hipótese vertente não relevam.

5. Há, assim, obrigação de indemnizar, por aplicação da alínea c) do art. 1172º daquela Código, desde que o mandato tenha sido conferido por certo tempo e não tenha havido aviso prévio ("antecedência conveniente").

6. Poderá optemperar-se, é certo, que a cessação do mandato decorreu de acto legislativo, actuando ope legis.

E, a ser assim, o dever de indemnização recairia no Estado; este seria responsável por aplicação do art. 9º, nº 1, do Decreto-Lei nº 48051. Tem sido meu persistente entendimento, corroborado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, que tal preceito não autoriza, numa interpretação a contrario, a exclusão de ressarcimento de danos especiais e anormais emergentes de actos legislativos; tal exegese seria inconstitucional já que uma conjuntural avaliação de certos interesses públicos não pode implicar a afectação patrimonial de pessoas em concreto - que são titulares de interesses legítimos e permanentes, inscritos na tábua de valores da lei fundamental (desde logo os princípios da

segurança e da confiança na ordem jurídica e as regras da justa indemnização e da igualdade de direitos).

7. Penso, no entanto, não ser o Estado o sujeito imediato do dever de indemnização; este caberá à própria empresa - ou seja à (...)-, sem prejuízo do exercício, por ela, do direito de regresso.

Na verdade, era com a (.....) que intercediam os nexos de mandato; a actividade do Reclamante exercia-se em seu benefício; ubi commoda, ibi incommoda.

8. Aliás, num lugar paralelo que tenho como significativo, o nº 5 do art. 7º do Decreto-Lei nº 464/82, de 9 de Dezembro, que contém o novo estatuto dos gestores públicos, estabelece que, na hipótese do nº 2 do artº 6º (exoneração do gestor pelo Governo), o pagamento da indemnização constitui encargo da empresa.

E repare-se que, aqui, o gestor é muito mais caracterizadamente um mandatário do próprio Governo, se bem que numa situação híbrida, que o coloca como verdadeiro e próprio órgão da empresa.

(III)

9. O parecer da Procuradoria-Geral da República de 20.12.1989, homologado por despacho de 3.1.1990 do Senhor Secretário de Estado Adjunto e das

Finanças, conclui em termos que coincidem com os que acabo de expor - e, repare-se, em relação à cessação, administrativamente imposta, dum mandato de gestores públicos antes do fim do prazo do mandante.

10. E para o mesmo sentido propendeu o Acórdão do S.T.J. de 7.7.1987 (no Bol. Min. Justiça, nº. 369, p. 528): dois gestores públicos foram exonerados pelo Governo, sem justa causa e antes do termo do mandato; foi a empresa pública para quem haviam sido nomeados condenada a pagar-lhes a indemnização devida.

(IV)

11. É a (.....
.....) uma sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos (nº 1 do artº. 1º. do Decreto-Lei nº 411/89, de 23 de Novembro).

Está, pois, sujeita ao poder de intervenção do Provedor de Justiça (artº. 2º. da Lei nº 9/91, de 9 de Abril).

12. Por assim ser, recomendo ao seu Conselho de Administração que reconheça o direito do Reclamante a ser indemnizado, pagando-lhe a quantia que for apurada através das regras gerais de direito - as quais apontam, pelo menos, para a atribuição dos vencimentos que fossem devidos até ao termo do mandato

(1978), acrescidos do coeficiente de correcção monetária aplicável a esse período, de acordo com os índices oficiais, e ainda de uma parcela correspondente aos danos não patrimoniais verificados; estes, num juízo prudencial, deverão ser aferidos por critérios de equidade não dificilmente apuráveis.

A quantia assim definida acrescerão juros de mora à taxa legal desde 18 de Maio de 1990, uma vez que, ao que do processo se depreende, a primeira solicitação do Reclamante à (.....) foi feita por carta de 15.5.1990. Essa carta terá o valor de interpeção.

13. A presente Recomendação é feita nos termos da alínea a) do nº 1 do artº. 20º. daquela Lei nº 9/91, com estrita aplicação do seu artº. 38º..

14. Comunique ao Conselho de Administração da (.....) e ao Reclamante.

Lisboa, 5 de Setembro de 1991

(Proc. 2165/91)

ACESSO DOS JORNALISTAS ÀS FONTES
DE INFORMAÇÃO

1. Expõe-me o Jornalista (.....
.....) as dificuldades com que se tem deparado na recolha de elementos destinados ao exercício da sua actividade profissional.

E refere, em síntese:

"Instituições públicas (praticamente todos os Ministérios), Câmaras Municipais e outras entidades (pressupõe-se que públicas) negam sistematicamente o direito dos jornalistas ao acesso e à consulta de processos".

2. O acesso dos jornalistas às fontes de informação é uma das vertentes garantísticas da liberdade de imprensa (art. 38º. da Constituição).

Certo é que a alínea b) remete para a lei ordinária os termos em que se pode concretizar esse segmento por assim dizer "fundacional" do direito fundamental que é a liberdade de imprensa. Daí que o nº 1 do art. 7º do Estatuto do Jornalista (Lei nº 62/79, de 20 de Setembro) o considere como uma "condição essencial" ao exercício da actividade dos jornalistas.

Mas os "termos da lei" são os previstos no nº 2 do artº 5º da Lei de Imprensa (Decreto-Lei nº 85-C/75, de 26 de Fevereiro) - que compendia bem contadas excepções à regra genérica do acesso.

3. Estão em jogo valores decisivos numa sociedade aberta e democrática, fundada na transparência dos comportamentos e procedimentos públicos.

E o exercício de um direito apenas é eficaz se for eficazmente assegurado; as leis não se podem bastar em textos, mas em regras de praticável aplicabilidade.

4. Aliás, o nº 2 do art. 268º da Constituição, introduzido na revisão de 1989, recebeu entre nós, com determinante amplitude, o sistema do arquivo aberto, franqueando a qualquer cidadão o livre acesso aos arquivos e registos administrativos, com ressalva apenas do que a lei disponha quanto a matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

Dá-se até o caso de, para que possa surgir a interrogativa sobre o carácter perceptivo imediato da nova norma constitucional (trata-se de um direito fundamental e os preceitos constitucionais que a estes respeitem são de aplicação directa - art. 18º, nº 1, da Constituição), apenas valerá como argumento a circunstância de o nº 6 do mesmo art. 268º relegar para a lei "o prazo máximo de resposta por parte da Administração.

5. Mas isso quanto ao regime do nº 2 do art. 268º.

No tocante ao acesso pelos jornalistas às fontes de informação não poderá ocorrer esta condicionante temporal (ou seja, de prazo de resposta), sob pena de o regime excepcional que aos jornalistas aproveita por razões de caracterizado interesse público ficar assimilado ao que genericamente diz respeito a qualquer cidadão.

6. Propendo, pois, para o critério de o acesso às fontes de informação ter apenas os limites materiais a que genericamente se reporta o nº 2 do art. 268º da Constituição.

E quanto aos limites temporais, o acesso não pode sofrer qualquer diferimento, sob risco de ficar esvaziado de sentido e de utilidade prática.

7. Comunique ao Senhor Jornalista que pôs à minha consideração a problemática em causa.

ESTATUTO DE CERTOS TRABALHADORES

DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

1. Desde há anos, numerosos trabalhadores dos serviços das Administrações Regionais de Saúde, com as categorias de serventes, contínuos, porteiros e empregados diferenciados, têm apresentado queixas ao Provedor de Justiça por não estarem abrangidos pelas disposições do Decreto nº 109/80, de 20 de Outubro, que institucionalizou as carreiras do pessoal de apoio geral dos serviços hospitalares dependentes da Secretaria de Estado da Saúde.

2. Segundo referem, e foi confirmado pelos serviços, trabalhadores dos hospitais concelhios extintos exercem, a seu lado, funções iguais auferindo remunerações bastante superiores. Isto porque, na qualidade de trabalhadores hospitalares terem sido reclassificados ao abrigo daquele diploma, enquanto os trabalhadores oriundos dos extintos Serviços Médico-Sociais mantiveram as anteriores designações.

3. Em 1988 chegou a estar prestes a ser publicado Decreto Regulamentar alterando o Decreto nº 109/80, de 20 de Outubro, fazendo a aplicação das carreiras nele incluídas ao pessoal das Administrações Regionais de Saúde que tenham afinidades com essas mesmas carreiras.

Só que tal não aconteceu.

4. A nova instância da Provedoria de Justiça informou ainda o Gabinete do Senhor Ministro da Saúde, em 24 de Abril de 1990, ter sido instituído um grupo de trabalho para proceder à revisão daquele Decreto nº 109/80, com vista à actualização das funções do pessoal do apoio geral.

5. Nestes termos, recomendo, ao abrigo do disposto no nº 1 b) do artigo 20º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que, na revisão do Decreto nº 109/80, de 20 de Outubro, seja considerado o problema do regime e das categorias profissionais dos trabalhadores das unidades de saúde que não são estabelecimentos hospitalares, designadamente, daqueles que, com categorias diferentes, exercem funções iguais nos próprios centros de saúde, ou similares às hospitalares.

6. Comunique.

Lisboa, 6 de Setembro de 1991

Proc. 1100/88

DISCRIMINAÇÃO SALARIAL DE
TRABALHADORES COMO RESULTANTE
DA SUA FILIAÇÃO EM CERTOS SINDICATOS

1. Expõe a Federação Nacional dos Sindicatos das Comunicações e Telecomunicações o seguinte:

Em decorrência do processo de revisão do Acordo de Empresa (AE) que se desenrolou em 1990, a Administração da Marconi adotou uma prática de discriminação salarial relativamente aos trabalhadores filiados no Sindicato dos Trabalhadores das Telecomunicações e Comunicação Audiovisual (STT). Com efeito, enquanto que a esses trabalhadores aplicou um aumento salarial de 13,5%, os trabalhadores filiados em outros Sindicatos beneficiaram de um aumento superior.

Isto porque o STT não subscreveu aquele Acordo de revisão de 1990, embora declarando aceitar os valores percentuais propostos pela Marconi. As frentes de discordância não foram de carácter salarial.

2. A CGTP-IN apresentou análoga reclamação.

3. Que dizer?

Não obstante a letra do artº 7º do Decreto-Lei nº 519-C/79, de 29.12 (diploma que contém o regime geral da regulamentação colectiva de trabalho), o certo é que os princípios gerais de tal diploma consagrados nomeadamente no seu artº 6º apontam em sentido diferente do alegado entendimento da Marconi. Isto é, contrariamente ao que poderia deduzir-se da interpretação literal do cit. artº 7º, o âmbito subjectivo das convenções colectivas de trabalho, designadamente no que concerne à matéria de alterações salariais, abrange todos os trabalhadores dos respectivos sectores de actividade independentemente de estarem ou não "sindicalizados" directa ou indirectamente em sindicato ou associação sindical, em geral, outorgante da pertinente c.c.t.

De outro modo, para além de outras consequências negativas, seria violado, inegavelmente, o princípio constitucional de "a trabalho igual salário igual".

Decorre, aliás, esta exegese, também do artº 55º, nº 2, al b), da Constituição, quando reconhece aos trabalhadores a liberdade de inscrição sindical. E é óbvio que a interpretação atribuída à Marconi forçaria os trabalhadores a sindicalizarem-se (e até neste ou aquele sindicato congénere) sob pena de não poderem beneficiar dos direitos e regalias consagrados nas convenções colectivas de trabalho, que normalmente são superiores aos da lei (que, como é sabido, em direito do trabalho normalmente consagra

mínimos e não máximos).

Ora, isto seria claramente uma afronta à liberdade de sindicalização que, como observei, está constitucionalmente garantida.

Mais ainda: o art. 379 do Decreto-Lei nº 215-B/75, de 30 de Abril ("Lei Sindical"), nas suas sucessivas redacções proibe, além do mais, "despedir, transferir ou, por qualquer outro modo, prejudicar um trabalhador por motivo da sua filiação ou não filiação sindical ..."

De resto, a tendência prevalente da doutrina e da jurisprudência tem vindo a ser no sentido acima propugnado, i.e, no da aplicação do disposto nas convenções colectivas de trabalho, designadamente na sua parte remuneratória, a todos os trabalhadores do(s) respectivo(s) sector(es) de actividade, independentemente da sua filiação ou não em entidade sindical outorgante de tais Convenções.

4. Recomendo, pois, ao abrigo da al. a) do nº 1 do art. 209 da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, e com aplicação do regime do art. 389 da mesma Lei, que a MARCONI, S. A., reveja o seu procedimento, actuando de acordo com a lei e com os princípios a ela subjacentes.

Dê-se conhecimento ao respectivo Conselho de Administração e ao Gabinete do Senhor Ministro do Emprego e da Segurança Social.

E, obviamente, às reclamantes.

Lisboa, 16 de Setembro de 1991

Proc. 662/91
700/91

FACTOS OCORRIDOS NO REGIMENTO
DE COMANDOS

1. Na sua edição de hoje, relata o jornal "Público", que cinco recrutas do Regimento de Comandos deram terça-feira à noite (dia 17, portanto) entrada no Hospital de Santa Maria, transportados de helicóptero de Alcochete, "no final de uma longa prova de marcha forçada". Um deles encontrava-se em coma.

Refere mais o "Público" - que é um órgão da Comunicação Social que por sistema procura dar uma informação correcta e não sensacionalista - que "quatro deles (recrutas) foram transferidos na madrugada de ontem para o Hospital Militar, mas (que) um mantém-se na primeira das unidades médicas sob prognóstico reservado".

Diz-se ainda na mesma notícia: "No final da prova de marcha, feita com apenas um litro de água por pessoa, o número de militares prostrados seria (...) próximo da centena".

2. A serem exactos - e é de crer que, pelo menos na sua essencialidade o sejam - é fortemente indiciável, além do mais, a violação do art. 25º, nº 1 (e virtualmente nº 2) da Constituição, e, sobretudo, o princípio do respeito pela dignidade humana, que deve nortear a actuação de todos os poderes públicos.

Isto para além de preceitos da legislação ordinária, que não é agora o momento de referenciar. As normas constitucionais em causa são de eficácia directa e perceptiva.

3. Pelo seu novo Estatuto (Lei nº 9/91, de 9 de Abril), a intervenção de controlo do Provedor de Justiça exerce-se, declaradamente, em relação às Forças Armadas (art. 2º).

E dispõe o nº 1 do art. 2º da mesma Lei:

"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".

Estabelece o nº 2 desse art. 2º:

"As entidades públicas, civis e militares, prestam ao Provedor de Justiça toda a colaboração que lhes for solicitada, designadamente informações, efectuando inspecções através dos serviços competentes e facultando documentos e processos para exame, remetendo-os ao provedor, se tal lhes for pedido".

Resulta evidente que, na circunstância, não é invocável, pelo Sr. Comandante do Regimento de Comandos, qualquer causa justificativa do dever de prestar toda a cooperação ao Provedor de Justiça, pois está em causa um mero exercício militar, que não pode ser envolto em secretismo, por ficcionadas razões de Defesa Nacional.

O nº 3 daquele art. 29º da Lei nº 9/91 deve ser entendido na sua precisa intencionalidade. Aliás, o "interesse superior do Estado" é o de que os actos das Forças Armadas com esta tipologia sejam controlados pelo Órgão do Estado que, com plena legitimidade democrática, "tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos" (art. 1º, nº 1). Ora ninguém questionará que os recrutas do Regimento de Comandos são cidadãos, com direito à integridade moral e física, à dignidade e a um tratamento que não seja degradante ou desumano. O nº 2 do art. 25º não será de pôr de remissa.

4. Não me parece ser caso, pelo menos por agora, para determinar a presença na Provedoria de Justiça, nos termos previstos no nº 5 do referido art. 29º, do Sr. Comandante do Regimento de Comandos.

5. Mas o que tenho, pelo menos para já, como necessário é, dada a urgência que a averiguação da verdade reveste, determinar que o Sr. Comandante do Regimento de Comandos me esclareça por escrito, pormenorizadamente, os factos que ocorreram e me refira as averiguações porventura já iniciadas (mesmo que ainda não concluídas) NO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS a contar da recepção do ofício de remessa deste meu despacho.

Esta notificação é feita com a cominação prevista no nº 6 do art. 29 da Lei nº 9/91 (crime de desobediência).

6. Desde já esclareço que serei rigoroso na avaliação de qualquer razão dilatória porventura invocada - já que há que tornar corrente a boa regra do respeito pela acção do Provedor de Justiça, que em relação às autoridades civis já vigora plenamente.

7. Ao Gabinete, para comunicação imediata deste despacho em carta registada com aviso de recepção ao Sr. Comandante do Regimento de Comandos.

Lisboa, 19 de Setembro de 1991

Proc. I. P. - 36/91

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

1. Cento e oitenta e um cidadãos portugueses residentes em Diu apelam para o Provedor de Justiça, expondo uma situação que é, na realidade, insólita.

Com efeito, pretendendo obter os seus bilhetes de identidade, deslocaram-se para tal à Secção Consular da Embaixada de Portugal em Nova Delhi.

Ali foram cumpridas as formalidades previstas no nº 1 do art. 10º do Decreto-Lei nº 64/76, de 24 de Janeiro, entre os quais a colheita das suas impressões digitais.

Aconteceu que remetidos os B.I., por aquela Secção Consular, ao Centro de Identificação Civil e Criminal, em Lisboa, foram eles devolvidos à mesma Secção Consular, por ter sido utilizada tinta imprópria (não tipográfica ou litográfica negra) e, pelo menos em alguns casos, por não ter sido cumprida uma técnica de colheita adequada (não se rolaram os dedos completamente de bordo a bordo e foi exercida demasiada pressão sobre os dedos). Isto ao que também se depreende de um ofício de 10.9.1991 dirigido pelo C.I.C.C. à aludida Secção Consular.

2. Na queixa que me apresentaram - e da qual me ocupo pessoalmente - aduzem os reclamantes que a tinta utilizada pela Secção Consular foi a azul.

Dizem os reclamantes que suportaram significativas despesas nas deslocações de Diu a Nova Delhi e solicitam que sejam promovidas diligências que ultrapassem o negativo circunstancialismo que lhes foi assim causado.

3. Ouvido informalmente o C.I.C.C., foram remetidas por ele ao meu Gabinete as "Instruções de Serviço" em vigor, aprovadas por aplicação do nº 2 do art. 64º daquele Decreto-Lei nº 64/76. No tocante às impressões digitais, essas instruções de ordem interna para a recepção dos dados de identificação, referem que as mesmas "deverão oferecer a necessária nitidez, que permita a sua classificação".

Em relação aos serviços consulares fora já dimanada uma circular de 9.3.1987, que não recusando peremptoriamente a utilização de tinta azul, complementa aquelas instruções com requisitos (aliás compreensíveis) de adequabilidade da tinta utilizada. E logo o C.I.C.C. adverte que, em caso de não cumprimento de tais requisitos, serão os processos de bilhetes de identidade devolvidos.

A essa circular seguiu-se a nº 8/90, de 9.5.90, com aquelas Instruções.

4. É de aceitar que um documento de identificação como o B.I. seja dotado do necessário rigor.

E não é de supor que o C.I.C.C. tenha procedido com excesso de zelo, devolvendo por mero caprichismo ou afã perfeccionista os processos de obtenção dos B.I.

5. Mas não é, de momento, de proceder a um detido apuramento de culpas.

Houve-a, sem dúvida, por parte do Estado português, que terá a obrigação de reparar os prejuízos causados aos reclamantes - que esses, sim, procederam com a natural confiança que os serviços públicos do seu País lhes devem merecer.

Está-se em pleno domínio da aplicação do Decreto-Lei nº 48 051, de 21.11.1967, respeitante à responsabilidade extracontratual do Estado por actos de gestão pública. O sistema está, aliás, constitucionalizado no art. 22º (CRP).

6. Assegurada que foi a audição do C.I.C.C. cabe dar ao Ministério dos Negócios Estrangeiros a possibilidade de dirimir com o Ministério da Justiça a etiologia da culpa funcional.

Desde já, entretanto, recomendo que o Governo Português suporte, no mais curto prazo, os encargos com as novas deslocações dos reclamantes a

Nova Delhi para reforma do processo de obtenção dos seus B.I.

É o menos que será exigível, já que outras frentes de problematização se divisariam (reparação dos danos não patrimoniais e, porventura, de outros danos patrimoniais, desde que comprovados).

7. Comunique.

Lisboa, 20 de Setembro de 1991

Proc. n.º 2935/91

CORTE OU INTERRUPÇÃO
DO FORNECIMENTO DE ÁGUA

1. A Associação Portuguesa Para a Defesa do Consumidor - DECO, em reclamação apresentada em Abril de 1988, considerou não se justificar a prática seguida pela EPAL de proceder ao corte ou interrupção do fornecimento de água no caso de falta de pagamento da taxa de saneamento.

2. Ouvida a EPAL, veio ela alegar que a cobrança de água em simultâneo com a taxa de saneamento resultava expressamente do disposto no artº 5º. da Portaria nº 399/85, de 28 de Julho, não podendo receber apenas o valor do consumo de água. Daí a interrupção do fornecimento.

3. A verdade, porém, é que a Portaria nº 399/85, de 28 de Junho, se apoia no artº 2º. nº 5 e artº 32º, nº 1, do Estatuto da EPAL, aprovado pelo Decreto-Lei nº 190/81, de 4 de Julho.

Todavia, e por razões óbvias, o Estatuto da EPAL nada dispõe em matéria de cobrança de taxas de saneamento.

4. Dá-se entretanto o caso de a Portaria nº 10716, de 29 de Julho de 1944, diploma que aprovou o

REGULAMENTO PARA O SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA PELA COMPANHIA DAS ÁGUAS DE LISBOA, apenas permitir o corte do fornecimento de água por falta do pagamento das contas de consumo ou de outros serviços prestados pela EPAL ou requisitados pelo consumidor.

Sucedede que é por demais inquestionável que o serviço de saneamento é prestado pela Câmara Municipal de Lisboa, e será esta autarquia a beneficiária da respectiva taxa, como contrapartida do serviço prestado.

5. Entendo, assim, sem margem para dúvida, que o Governo não pode, através de Portaria, não apoiada em fonte de direito superior, autorizar a EPAL a colocar a taxa de saneamento em simultâneo com a cobrança do consumo de água.

6. Sendo como é ILEGAL a referida PORTARIA, RECOMENDO que o Governo adopte uma medida legislativa que altere o procedimento que vem sendo adoptado pela EPAL.

7. Entretanto, nesta data, determinei que a Provedoria - sugerisse à ASSOCIAÇÃO reclamante que suscitasse a declaração de ilegalidade do art. 5º da Portaria 399/15, de 28 de Junho, ao abrigo do disposto no art. 66º nº 1, conjugado com o art. 63º, ambos da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos, aprovado pelo Decreto-Lei 267/85 de 16 de Julho.

8. Dê-se conhecimento à DECO (Proc. nº 940/88), ao reclamante Sr. António Costa e Sousa (Proc. nº 1131/88) e ao Gabinete do Senhor Ministro do Planeamento e da Administração do Território.

Lisboa, 27 de Setembro de 1991

Proc. R.940/88

**INTERVENÇÕES PÚBLICAS
DO PROVIDOR DE JUSTIÇA**

O caso dos "Comandos" (*)

As Forças Armadas, a instituição militar, justificam o mais natural respeito; não é por acaso que apenas quando a elas se refere a Constituição convoque a ideia de Pátria. E se a Pátria é uma comunidade de pessoas é, também, um símbolo, uma realidade histórica e imperecível, um projecto de vida, uma razão de honra.

E num conceito amplo e moderno, às Forças Armadas não estão somente atribuídas tarefas especificamente militares, mas, por exemplo, de apoio e de formação cívica das populações.

Parto, pois, deste pressuposto quando, como Provedor de Justiça, e cumprindo uma das minhas mais determinantes funções, pretendo contribuir para que se evitem e se controlem situações como as ocorridas em 1988 e há poucos dias no Regimento dos Comandos. Realmente, elas puseram em causa a integridade física e moral de cidadãos - e, mais do que isso, o seu direito à vida.

(*) Depoimento prestado, com pequenas alterações de forma, no programa Falar Claro, da RTP-2(30.9.91).

Realmente, não considero admissível que, com alguma periodicidade, jovens na força e na esperança da vida morram ou sofram lesões graves durante exercícios militares de rotina.

Terão estes exercícios que ser precedidos por exames médicos eficazes, especializados, e não, eventualmente, de carácter mais ou menos geral. E terão que ser repensados, em toda a sua programação, no sentido de não serem exigidos esforços desproporcionados e nocivos para a saúde física e para o equilíbrio psicológico dos instruendos. Actualizadas técnicas de motricidade humana terão de ser aplicadas, repito, em termos de eficácia.

Repare-se: o Provedor de Justiça não pretende dar lições a ninguém. Pretende, sim, com plena legitimidade democrática, contribuir para a revalorização desta componente essencial da vida do País. E isto sempre com os olhos postos no inarredável valor da pessoa humana e da sua dignidade.

Provedor de Justiça - "Contra-Poder"
ou poder institucional ? (*)

P. Desde que tomou posse como Provedor de Justiça, em Junho de 1990, tem revelado um estilo muito próprio, de diversificada intervenção na vida pública. Entrou em frequente colisão com o Governo. Fã-lo como um "poder" ou como um "contra-poder" ?

R. A questão não é meramente académica e nela não se discute o sexo dos anjos. Situa-se, desde logo, no plano dos princípios. Como o qualifica o seu actual Estatuto (Lei nº 9/91, de 9 de Abril) é o Provedor de Justiça um Órgão do Estado totalmente independente e não destituível, nem sequer pela própria Assembleia da República, que o elegeu. São-lhe atribuídas imunidades ímpares na nossa ordem jurídica; basta referir que "não responde civil ou criminalmente pelas recomendações, reparos ou opiniões que emita ou pelos actos que pratique no exercício das suas funções" (artº 8º, nº 1, daquela Lei). Tem, pois, uma reforçada legitimidade para ser um poder institucional. Aliás, os "contra-poderes" são realidades sociológicas que apenas servirão para alguma coisa se tiverem como suporte um poder (institucional, mediático, sindical, económico, sei lá).

Se fosse somente um contra-poder não dotado de força institucional o Provedor mais não seria do que um ornamento do regime, esvaziado da eficácia que gera dignidade. E, pior do que isso, criaria a falsa ilusão de que os poderes convencionais (como, por exemplo, o Governo) estavam a ser por ele controlados, quando tudo se passaria na benigna paz dos textos. A sua verdadeira utilidade social seria igual a zero.

Claro que terá que haver o sentido da medida. Ele deve, muito simplesmente, ser um poder justo e isento, sem pesporrências de infalibilidade (ninguém é detentor da verdade absoluta) nem contumélias de salão. Cabe-lhe contribuir para que a vida das pessoas seja mais natural e normal - e deve-o fazer com naturalidade e normalidade.

Isto no plano dos princípios. Na transição destes para as realidades concretas tendem as coisas, não raramente, a desfigurar-se. Se é certo que neste ano de 1991 se deu um salto qualitativo na rentabilidade da instituição (do que as pessoas já se aperceberam, pois as queixas ao Provedor aumentaram em mais de um milhar), sinto que cada intervenção que faço resulta sempre numa roleta russa: ou é plenamente conseguida ou não é acatada com base em argumentos que mesmo qualquer embrionário jurista consideraria irrazoáveis e sem fundamento. 50% dos destinatários acreditam na moral do êxito (que é a deles) e somente uns 50% se sentem vinculados à ética da responsabilidade (que todos deveriam tomar como padrão).

Dáí que como logo anunciei nas palavras que disse no acto de posse (já publicadas no Diário da República), findo o 1º ano de mandato comecei a reflectir sobre a vantagem (pública) em continuar a fazer este enorme sacrifício (pessoal) pelo meu País. Devo antecipar que os resultados não são auspiciosos, não obstante a excepcional cooperação e compreensão que sempre recebi da Assembleia da República, e o apoio que, em termos logísticos, me foi prestado por alguns sectores do Governo. Relego, no entanto, a

decisão final (ou a sua publicitação) logo para depois das próximas eleições. Se o fizesse agora estaria a influenciar, se bem que indirectamente, os ablativos destas - inobservando o meu dever de completa não interferência política (politicienne).

P. A generalidade dos portugueses sabe que existe um Provedor de Justiça, sabe que o cargo é exercido pelo Dr. Mário Raposo, recorre a ele cada vez mais, mas, no fundo, não sabe com exactidão como ele se configura. O que é, em síntese, o Provedor de Justiça ?

R. Não irei, por certo, fazer um exaustivo compêndio do que é o Provedor de Justiça. Pegando na Constituição e no actual Estatuto (o que foi aprovado por unanimidade na Assembleia da República e que deu origem àquela Lei nº 9/91) acrescentarei que é um Órgão do Estado unipessoal, que a Constituição autonomamente caracteriza no artº 23º, ou seja, logo no início da área normativa consagrada aos direitos fundamentais dos cidadãos. Ele é o seu preferencial garante, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos. "Tem os direitos, honras, precedência, categoria, remunerações e regalias idênticas às de ministro" (artº 9º do Estatuto), mas, mais do que isso, é membro nato do Conselho de Estado (artº 145º da Constituição), na boa companhia do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente do Tribunal Constitucional, dos presidentes dos governos regionais e dos antigos presidentes da

República eleitos na vigência da Constituição. Tem como colaboradores dois Provedores-Adjuntos, equiparados a subsecretários de Estado, que pode nomear e exonerar a todo o tempo, e, ainda, dois coordenadores e 20 assessores, para além do seu gabinete pessoal, assimilável ao dos ministros. Todos eles são autoridades públicas (excepto, claro está, os membros do gabinete). Pode efectuar, com ou sem aviso prévio, visitas de inspecção a todo e qualquer sector da actividade da administração central, regional e local (incluindo o sector empresarial do Estado, em sentido amplo), procedendo às investigações e inquéritos que considere convenientes. Todos os órgãos e agentes das entidades públicas, civis e militares, têm o dever de lhe prestar os esclarecimentos e informações que lhes solicite, podendo determinar a presença na Provedoria de Justiça de qualquer entidade sujeita ao seu controlo; a falta de comparência ou de qualquer tipo de cooperação constitui crime de desobediência. Do mesmo modo pode determinar a comparência de qualquer cidadão, implicando a recusa injustificada crime de desobediência qualificada.

Quando emita qualquer recomendação ao órgão competente para corrigir o acto ou a situação irregulares, fica esse órgão obrigado a, no prazo de 60 dias, comunicar-lhe a posição que assume; o não acatamento da recomendação tem sempre de ser fundamentado.

Isto em linhas gerais.

P. No tocante às inspecções ou inquéritos tem sido eles frequentes ? E com que resultados ?

R. Pretendi reactivar essa vertente da actividade do Provedor, e desde Junho de 1990 que tal tem acontecido, até por considerar que se trata de uma das minhas funções mais úteis e insubstituíveis. Só que os meios humanos e logísticos são escassos e a Provedoria vive afogada numa certa rotina de milhares de processos, muito deles iniciados há vários anos. É urgente manter a dinâmica que tem vindo a ser criada, complementada por uma orgânica mais flexível e eficaz. Repare que os dois primeiros grandes inquéritos, levados a efeito em 1985 e 1986, tiveram o meu decidido empenhamento e apoio, então como Ministro da Justiça. Foram os inquéritos à PSP e ao estabelecimento prisional de Vale de Judeus. No 1º caso, o inquérito acabou por ser decidido e efectuado pelo Governo, através de uma comissão presidida por um magistrado por mim designado (embora eu próprio nada tivesse a ver directamente com a PSP) e integrada por três vogais: um designado pelo Ministro da Administração Interna, outro pelo Provedor e outro pelo Comando-Geral da PSP. Todo o apoio logístico e administrativo de que a Comissão careceu foi prestado por esse Comando-Geral. Tenho a consciência que pus toda a vontade política no funcionamento da Comissão, vontade essa que acabou por se propagar ao Governo. Isso mesmo foi reconhecido pelo meu ilustre antecessor no seu Relatório anual de 1986, que está publicado.

No mesmo Relatório registou ainda o Dr. Almeida Ribeiro que no caso de Vale de Judeus o intencionalizado inquérito teve "alguma resistência por parte do então director-geral dos Serviços Prisionais, e da própria Associação Sindical dos Guardas Prisionais". Mas assinalou também: "o Provedor

de Justiça contou desde o início com a compreensão e o empenhamento do então Ministro da Justiça, Dr. Mário Raposo".

A cooperação dos serviços e dos Ministérios é hoje obrigatória. No entanto manda a verdade dizer que nem sempre existe a disponibilidade activa e estimulante com que então eu mesmo encarei aqueles dois inquéritos. A tendência - aliás compreensível - é a de as entidades inspeccionadas ou inquiridas se sentirem parte contrária em relação ao Provedor, enquanto que eu sempre me coloquei do mesmo lado, nesses e noutros casos.

P. É ou não um social-democrata ? Mantém a sua filiação partidária ? E como tem reagido o PSD face aos seus despachos mais polémicos ? Não é de esquecer que foi ministro em diversos governos do PSD, deputado desde 1979 e presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos e Garantias entre finais de 1987 a Junho de 1990.

R. Se ser social-democrata é acreditar no valor da pessoa humana socialmente integrada, e lutar pelas liberdades públicas e pela incessante procura da Justiça Social, através da realização tanto quanto possível plena dos direitos sociais, económicos e culturais; se ser social-democrata é fazer com que o futuro se defina pelos horizontes da esperança e da mudança, contribuindo para o gradual esbatimento das indevidas assimetrias sociais, numa mais equilibrada distribuição da riqueza - é evidente que sou e sempre serei social-democrata. Em relação ao PSD, no qual ingressei em fins de 1978 (logo depois do governo

Nobre da Costa) por convite e por proposta pessoais de Francisco Sá Carneiro, tenho perante ele, enquanto Provedor de Justiça, a mesmíssima posição que assumo perante qualquer outro partido democrático, e nisso não faço hoje qualquer distinção entre qualquer dos que estão representados na Assembleia da República. Recordo, aliás, que na minha eleição para Provedor tive a solidariedade e a confiança de todos eles. Certo é que o PCP se absteve "formalmente" mas não por mim; fê-lo somente por não ter sido previamente ouvido pelos dois "cúmplices" na candidatura (preparada à minha inteira revelia): o PS e o PSD. Entretanto, dada a "histórica" votação obtida, estou em supor que, dessa vez, sob o resguardo do sigilo do voto, a posição "oficial" do PCP não terá sido seguida por alguns dos seus Deputados...

Quanto a reacções por parte do PSD - do qual estou temporariamente desvinculado - nunca, nem sequer ao de leve, me chegou qualquer reparo quanto à actuação por completo descomprometida que decidi, muito naturalmente, desenvolver. De resto, se tal tivesse acontecido, com violação da "regra de ouro" da minha independência, o "remédio" imediato estaria à vista. Como disse Cervantes, a honra é património da alma e a alma somente pertence a Deus.

O Provedor de Justiça
e a defesa dos consumidores (*)

P. Ser Provedor de Justiça é, para um leigo como eu, ser o defensor dos pobres e oprimidos ... Será mesmo assim ?

R. A ideia é, sem dúvida, muito simpática, com uma réstea de "romantismo" : a de ver no Provedor de Justiça como que um "Robin dos Bosques" lançando as flechas das boas razões nas florestas de cimento destes finais do séc. XX. Do mesmo modo, o Ministério Público é ainda olhado apenas como o defensor das "viúvas e dos orfãos"... Só que as coisas não se passam apenas assim. O Provedor de Justiça é, como aliás resulta da Constituição e do seu Estatuto (Lei nº 9/91, de 9 de Abril), o defensor de todos os cidadãos, prevenindo e promovendo a correcção dos abusos dos poderes públicos: "tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos" (art. 1º, nº 1, daquela Lei). Para não cair numa "contra-mitologia" eu diria que a ele cabe salvaguardar os direitos dos pobres (de Justiça) e dos oprimidos (pelo império da burocracia e pela arrogância do poder). Só que esses pobres e oprimidos, assim perfigurados, pertencerão a todos os estratos sócio-económicos. De resto, se deste modo não fosse, estar-se-ia a prevaricar contra o artº 13º da Constituição, que diz, sabiamente, que ninguém pode ser discriminado, além do mais, em razão da sua situação económica ou condição social.


(*) Entrevista à revista O Consumidor, do INDC, em Setembro de 1991.

P. Tem o Provedor de Justiça alguma coisa a ver com a defesa do consumidor ?

R. É evidente que tem, já que na defesa do consumidor estão implicados alguns dos principais direitos dos cidadãos. Ora o Provedor de Justiça é um Orgão do Estado, totalmente independente, ao qual é atribuída uma posição institucional e um conjunto de poderes (agora reforçados por aquela Lei nº 9/91) que especialmente o vocacionam para promover a modelação e a concretização da legalidade democrática. E perante quaisquer poderes públicos (nestes compreendidos não somente o chamado sector empresarial do Estado mas as empresas concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público) pode fazer valer, com inteira disponibilidade, os direitos individuais de quaisquer cidadãos ou os direitos de todos os cidadãos, e neste caso enquanto lhe cabe reagir contra as leis mal feitas, ou defeituosamente feitas ou ... ainda não feitas (mas necessárias). E a sua disponibilidade resulta mesmo das imunidades ímpares de que é dotado: por um lado, uma vez eleito pela Assembleia da República, nem por esta pode ser destituído no decurso do seu mandato (que é de 4 anos); por outro lado, "não responde civil ou criminalmente pelas recomendações, reparos ou opiniões que emita ou pelos actos que pratique no exercício das suas funções" (art. 89, nº 1, da mesma lei). Pode falar, pois, sem temores ou reticências, embora, obviamente, "auto-sujeitando-se" à ética da responsabilidade que está na base de qualquer sociedade livre e democrática.

Repare: "auto-sujeitando-se", já que ninguém lhe pode pedir contas enquanto estiver no exercício das suas funções.

P. Pensa que deveria haver um "provedor dos consumidores"?

R. Como já tive ocasião de dizer no meu Relatório das actividades de 1990, que apresentei à Assembleia da República, e que ali teve um apoio unânime, sou abertamente contrário à criação dos provedores sectoriais; assim, designadamente, o promotor ecológico, o provedor dos deficientes, o provedor militar ou o provedor dos consumidores. Isto sem pôr em causa que todos os meios e entidades que possam ser imaginados para a justa tutela dos direitos e interesses dos cidadãos seriam, em princípio, bem-vindos. Só que isso implicaria uma negativa dispersão de recursos, num momento em que o que importa é potenciar aqueles que são afectados ao Provedor de Justiça. Acresce que este está previsto na Constituição e tem uma tradição já bem estruturada na sociedade portuguesa. E não vejo vantagem em, a par do Provedor de Justiça - que, como já referi, é um Órgão do Estado, com poderes para realizar inquéritos e inspecções, com ou sem aviso, às entidades sujeitas ao seu controlo, para determinar a comparência de quaisquer pessoas na Provedoria de Justiça (que é a estrutura de apoio técnico e administrativo ao Provedor), para obrigar as entidades públicas a prestar-lhe cooperação sob pena de serem punidos pelo crime de desobediência, etc. - 

se criarem provedores "menores", com escassa capacidade de meios e da interferência efectiva. As coisas são como são e devem ser ditas com toda a frontalidade. Veja que o Provedor de Justiça tem a categoria de ministro e é membro por inerência do Conselho de Estado, sendo coadjuvado por dois Provedores-Adjuntos (que livremente pode nomear e exonar a todo o tempo) equiparados a subsecretários de Estado, por dois coordenadores (com o nível de Directores-Gerais) e por 20 Assessores, dispondo para além disso, de um gabinete pessoal idêntico ao dos ministros.. Eu pergunto como se figuraria o provedor do consumidor. Estaria inapelavelmente "condenado" a um desequilíbrio institucional em relação ao Provedor de Justiça.

Este é que, no respeitante a tudo o que tenha a ver com os direitos dos cidadãos, deve ter a capacidade (pessoal e técnica) para exercer uma acção polivalente.

Aliás, e em remate, observarei que, como está à vista, os mais operantes e directos defensores dos consumidores deverão, numa economia social de mercado, ser eles próprios, através das suas associações. Veja-se o caso da DECO, que tem exercido uma acção infinitamente mais eficaz do que por certo teria um artificial "provedor" que a lei criasse (aliás com constitucionalidade duvidosa, já que a Constituição apenas prevê o Provedor de Justiça) e que burocraticamente exercesse o seu possível papel. Entendo ainda que deve continuar a ser rentabilizada a acção do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor, que eu próprio imaginei, como relator do projecto

alternativo da Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias que deu origem à Lei nº 29/81. Remeto-me para o que a esse propósito sustentei aquando do respectivo debate parlamentar.

P. Têm chegado à Provedoria queixas de consumidores relativamente à ofensa dos seus direitos? Que seguimento dá a essas queixas ?

R. Obviamente que as queixas apenas poderão dizer respeito a abusos cometidos pelos serviços públicos ou pelas empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos. Devo precisar que não são em percentagem muito significativa, atendendo a que este ano já ingressaram (até agora) na Provedoria mais de 3.000 queixas. As pessoas, muito compreensivelmente, recorrem nesse campo sobretudo às associações de defesa dos consumidores (sobretudo, claro está, à DECO) ou ao Instituto Nacional de Defesa do Consumidor. O que é, sem dúvida, uma razão adicional a desaconselhar o almejado (por alguns...) "provedor dos consumidores". Mas à Provedoria chegam bastantes queixas em relação a leis defeituosamente feitas (ou às chamadas "leis - espectáculo"), a atrasos nos tribunais, a mau atendimento por parte dos serviços em contacto com o público, etc. E, por regra, a intervenção do Provedor contribui significativamente para a reposição dos direitos violados ou mal compreendidos.

P. O que pensa da protecção do consumidor em geral ? Entende que ele está a ser defendido ?

R. Venho desde há muitos anos a insistir na "pregação" (como diria António Sérgio) de que a única forma de "reabilitar" a sociedade de consumo de massas é a de operar o seu trânsito para uma sociedade de consumidores. Será o Estado "pós-social", o Estado que promova que as pessoas não sejam apenas iguais perante a lei, numa perspectiva restritiva e meramente legalista, mas uma igualdade na lei e na realidade; isto tendencialmente, pois uma "sociedade de pessoas absolutamente iguais, feitas como que numa operação de clonagem (qual é uma técnica de fabrico de seres absolutamente iguais, através das novas "alquimias" de reprodução biológica), não passa de uma utopia. O que importa é que as pessoas, todas elas, sejam iguais em dignidade, ressalvadas as naturais diferenças que não resultem discriminatórias. A protecção do consumidor estará na "não-mercantilização" das pessoas, na tutela dos seus interesses individuais e, num propósito cada vez mais afirmado, na promoção dos seus direitos difusos, fragmentados ou colectivos - o mesmo que é dizer na igualação do seu poder de intervenção ao das grandes empresas perante as quais o indivíduo só, o homem-massa, ficará por completo inerte e desprotegido se não lhe forem reconhecidos e viabilizados novos meios de defesa. O capitalismo incontrolado, que é bem diferente de uma economia social de mercado, dá aso à "colonização" da pessoa. Define mesmo a sua própria "qualidade de vida", que é uma opção pessoalíssima e intransferível. Maio de 1968, com todas as suas ingenuidades e impraticabilidades, foi um tempo-eixo, no que teve de essencial. O seu "changer la vie" sintetizou ao mesmo tempo a necessidade de derrubar as

barreiras que inviabilizavam um nível de vida mínimamente aceitável para amplos estratos da população e a urgência em "humanizar" a vida quotidiana através de uma parificação de armas dos diferentes grupos sociais. E não é por acaso que os protagonistas desse movimento são hoje, na generalidade, bem integrados sociais-democratas.

P. E quanto ao acesso ao Direito e à Justiça? O que pensa dos tribunais de pequenas causas, das soluções arbitrais, etc. ?

R. Conto a "história" da evolução, em Portugal, da política do acesso ao Direito designadamente num estudo que em 1984 publiquei na Revista da Ordem dos Advogados (p. 523 e segs.) sobre o art. 209 da Constituição, que trata precisamente do direito das pessoas à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário, para além da garantia real do acesso ao direito e aos tribunais. Não me irei alongar muito na reconstituição dessa "história" até porque, em boa verdade, sou um dos seus "protagonistas". Sublinharei apenas que os direitos para nada valem se não forem conhecidos e praticáveis; falei então na "comunicabilidade" e inteligibilidade das leis, na inclusão do Direito na "aparelhagem cívica" das pessoas e em muitas outras coisas que, por serem triviais, até são mal conhecidas e divulgadas - o que é uma lacuna a preencher. No domínio do direito do consumo a necessária "transparência" do sistema legal atinge um dos seus pontos máximos. Trata-se de um direito que, para além do mais, deve ter uma

vocação pedagógica, para todos os seus destinatários (utentes e empresários, em sentido amplo).

Quanto aos pequenos litígios a solução óptima será a dos centros de arbitragem institucionalizada, como o Tribunal dos Conflitos de Consumo, criado com base no Decreto-Lei nº 425/86, de 27 de Dezembro. Os chamados tribunais judiciais de pequenas causas nunca passaram do papel e não se sabe bem, sequer, o que poderão vir a ser. Isto, claro está, no terreno da vida vivida e não na dócil paz dos textos.

P. O cargo de Provedor de Justiça é por vezes incómodo. Ou não ?

R. É claro que é incómodo para quem é incomodado no exercício do poder que lhe foi confiado para ser bem usado e não para servir mal os outros. Para mim só é incómodo quando, com isenção e razão (embora sem ter a "mística" mistificadora da infalibilidade), vejo malogrados os meus propósitos de tornar a vida melhor e mais digna de ser vivida. Sem ímpetos de cruzada ou arroubos de sublimação tenho a consciência de que sou incómodo e que o devo ser. Mal estariam as coisas se o não fosse.

P. Considera-se consumista ?

R. Como estamos em época de férias (que este ano ainda não tive) a pergunta é oportuna (para quando as tiver). É óbvio que todos somos consumistas, na medida em que consumir é uma afirmação de liberdade e

até uma expressão de que se tem a possibilidade material de o fazer. Não vejo, de resto, qual a distinção (essencial) entre o consumista e o consumidor. Quando muito será uma questão de grau : consumista é aquele que consome bens ou produtos que não se destinam exclusiva e estritamente às suas necessidades básicas, quase de sobrevivência. Mas haverá alguém que não goste do supérfluo ? E o que é o supérfluo ? Tudo aquilo que vai para além da cama, mesa e roupa lavada? Sou contra o "consumo dirigido". Dirigido pelo Estado, pela publicidade enganosa, por tudo aquilo que não tenha a ver com a nossa capacidade de auto-determinação. E, está bem de ver, com a nossa capacidade de dispor de algum (mesmo que pouco) dinheiro "supérfluo".

ARBITRAGEM DOS CONFLITOS
DE CONSUMO - A EXPERIÊNCIA
PORTUGUESA (*)

1. Sem ter participado, nem ao de longe, na modelação concreta deste Centro de Arbitragem vejo que nele se congrega um feixe de perspectivas coincidentes com as que eu próprio encarei, ao longo dos anos.

Desde logo, envolvendo todo o sistema, está o intento de aproximação, em moldes realísticos, entre o cidadão e a Justiça, através do Direito, incluído, não impositivamente, na "aparelhagem cívica das pessoas"; a comunicabilidade do Direito é o passo que inicia o percurso para o acesso à Justiça (1). Daí a prevalência do acesso ao Direito, que, para além do mais, expurga este do seu sopro de mágica anti-humana; daí, também, noutro plano, não apenas a promoção da igualdade perante a lei, numa perspectiva restrita e meramente legalista, mas a de uma igualdade no Direito, num projecto de igualação social (2). Ora, como insistentemente referi, desde 1977, tudo isto assumia uma intensificada razão de ser na defesa dos direitos do consumidor, quer no plano individual, quer no da sua pluralidade (3).

(*) Intervenção, em 24.5.1991, no Seminário sobre Arbitragem de Conflitos de Consumo, promovido pela DECO.

É este Centro de Arbitragem o conseguido exemplo da necessária interacção entre um Serviço de Apoio Jurídico e um Tribunal Arbitral. O conhecimento dos direitos ajuda a fazê-los valer mas poderá também comedir, numa descomprometida e dialogante acção de esclarecimento prévio - de sentido, como em tempos disse, quase que "pastoral" - injustificados focos de litigiosidade. Quem não conhece está condicionado por uma incapacidade natural; a constatação, aliás óbvia, está amplamente motivada por Sergio Cotta (4).

Isto tanto mais é assim quanto é certo que o ordenamento jurídico, nas sociedades de hoje, na sua complexidade e dispersão, artificializa e descontrói o Direito, induzindo os seus destinatários, que são pessoas, a ingressar numa caracterizada "floresta de enganos". É a "legal pollution", que gera a "hyperlexis", essa nova doença cuja etiologia e sintomas descreveu, em impressivas páginas, Jerold S. Auerbach (5). Bom será de precisar que a inflação jurídica não coincide, forçosamente, com a expansão jurídica a que arrasta uma sociedade que, por mais desregulamentada que se pretenda, tem que encontrar regras que, onde seja caso disso, disciplinem a vida das pessoas, e a sua conexão com o Estado; o que está em causa é que os textos normativos se acumulam desnecessária e excessivamente, "o que torna impossível a sua efectiva aplicação (...), desvalorizando a regra de direito" (6). É a fragmentação do Direito (7), é o acumular das leis - espactáculo, impulsionadas por razões de mero ganho de imagem eleitoral (8), é a edição de um direito legal fora da necessária unidade e coerência do sistema.

Incorrendo no "pecado" de me invocar, recordo o que em Julho de 1985 reflecti, falando então como Ministro da Justiça (9):

"(...) Pesará sobre o legislador a severa responsabilidade de preparar e publicar leis praticáveis e aptas. A multiplicidade de leis, a excessiva politização de muitas delas, a deficiência técnica de quase todas agridem a racionalidade do Direito a atingem a estabilidade da ordem jurídica, na sua unidade e verdade possíveis. Seria útil indagar quais as conexões, de causa e efeito, entre a crise da lei (mesmo da lei substantiva) e a crise judiciária. Tudo estará num esforço de modernização conjugado do sistema global, não para empunhar o estandarte de uma mudança meramente conceitual, mas para, na realidade, tornar o Direito e o que lhe diga respeito mais próximo das pessoas, (...) numa sincera aspiração de que a vida de cada uma delas mude para melhor" (9).

2. Está o apoio jurídico prestado no Centro a cargo de juristas, aos quais compete intervir na fase de conciliação, prévia à solução arbitral. E o tribunal arbitral é constituído por um único árbitro, designado pelo Conselho Superior da Magistratura.

Trata-se de uma solução particularmente feliz.

É que, na verdade, o direito do consumo deve ser expresso em leis claras e compreensíveis, com acatamento à boa regra da inteligibilidade, mesmo para os não juristas ("ordinary text to ordinary people"). Cumprir-se-á, assim, a sua vocação pedagógica, de abertura do Direito aos seus naturais destinatários.

Mas quando surge um diferendo e se ingressa no estágio da aplicação da lei, tal aplicação continuará a ser tarefa de juristas. Surge a interpretação da lei como "actus da realização do Direito" (10); o brocardo "in claris non fit interpretatio" ficou-se no positivismo legalista; aplicar o Direito não é uma operação gramatical de "análise de linguagem" (11). Não ocorre somente uma reprodução, mas uma produção do conteúdo da norma, com apelo ao conteúdo global da ordem jurídica (12). Por completo errado seria confirmar nas pessoas o pressuposto, que elas próprias muitas vezes já tendem a ter, que o Direito é um mero texto escrito, "que se pode apalpar com as mãos e onde se contem tudo o que é preciso saber" (13).

Creio que este ponto é de fundamental relevo. A adesão a uma solução compromissória, na fase de conciliação, deverá ser uma adesão esclarecida; o lema "mais vale um mau acordo do que uma boa demanda" perfigura exemplarmente o que não deverá ser uma justiça de conciliação (14); esta postula como que uma tecnologia de harmonização, que isente as pessoas da pressão das circunstâncias e do menos exacto conhecimento daquilo com que o Direito lhes poderia fazer contar. De outro lado, quanto à decisão arbitral, ela pressuporá, por maioria de razão, um julgamento jurídico, que advenha da interpenetração da razão teórica com a razão prática (15).

A intervenção de um juiz na fase arbitral contribuirá, de resto, para fazer com que as decisões sejam voluntariamente acatadas, sem que haja de as executar judicialmente ou sem que as partes usem do

direito de requerer a sua anulação.

O espontâneo acatamento das sentenças arbitrais é, por certo, uma das virtudes maiores do instituto. Ora ele dependerá, em não dispicienda medida, do prestígio de quem o protagoniza; prestígio institucional e até prestígio de imagem de imparcialidade, que tanto mais vale quanto mais facilmente seja reconhecível.

3. Dificilmente me poderei dissociar do percurso que o sistema do direito do consumo teve nos últimos anos, desde a fase pioneira da Lei nº 29/81, de 22 de Agosto. Tendo resultado de três projectos de lei - o nº 116/II, do PCP, o nº 145/II, do PS, e o nº 161/II, da ASDI - foi na Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias, de que então fazia parte, que se formou consenso na especialidade, a partir de um texto de substituição que, embora Deputado do PSD, de algum modo como free lancer me "aventurei" a elaborar (16).

A concretização normativa do direito à igualdade e à lealdade na contratação, prevenido no art. 7º da Lei, levou-me depois a preparar, no Ministério da Justiça, o Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, relativo ao regime das cláusulas contratuais gerais ou contratos de adesão; a proposta de lei sobre arbitragem voluntária, que, obtida decisão parlamentar unânime, daria lugar à Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, e o Decreto-Lei nº 425/86, de 27 de Dezembro, que a complementou no tocante ao quadro legal para a criação e funcionamento dos centros de arbitragem institucionalizada, resultaram também do Ministério da Justiça.

E compreender-se-á que tenha sido assim, a partir da ideia de que ao legislador caberia, como uma das mais difíceis tarefas e responsabilidades, contribuir para que se processasse o trânsito da sociedade de consumo para uma sociedade de consumidores. Mesmo enquanto consumidor dos serviços que ao Estado caiba prestar tem o cidadão o direito de ser exigente, como reverso do dever que tem de cumprir aquilo que legitimamente lhe é imposto (17).

Ora um dos serviços que com maior eficácia e qualidade ao Estado compete é o da Administração da justiça; "la justice est une dette d'État", resumia Vivien em 1848. O direito à Justiça é um direito eminentemente social, e o seu sentido não é apenas garantístico. O acesso à via judiciária não vale apenas como dogma de direito público; mesmo sem ter que fazer apelo ao nº 1 do artº 6º da Convenção Europeia é de entender que uma justiça que não seja pronta é quase que uma justiça denegada - e sê-lo-á mesmo inexoravelmente se a lentidão fôr além dos limites do razoável (18).

Só que os problemas de Administração da Justiça foram, durante muitos (demasiados) anos, olhados com alheamento pela opinião pública. Eram um segmento da orgânica social que apenas dizia respeito às pessoas quando, perante elas, tinham casos concretos a resolver; e um certo conformismo fazia-as acomodar, mesmo então, às intermináveis "listas de espera" (19). Ainda em 1984, uma sondagem publicada num órgão da Comunicação Social (20) revelava que a percentagem dos que não sabiam que avaliação fazer

sobre o que se passava com os Tribunais era de 57,5%; as cifras homólogas em matéria de Educação, Economia, Saúde, Habitação, Emprego e Segurança ficaram-se, respectivamente, em 9,6%, 4,9%, 6,8%, 3,5%, 5,6% e 5%.

Hoje já não será assim. A Administração da Justiça passou a ser assunto e, não obstante todas as dificuldades que poderão encontrar no acesso à profissão e no início da carreira, os jovens teimam cada vez mais em vir a ser um dia advogados, muito mais significativamente do que magistrados. O mesmo se passa, aliás, na generalidade dos países europeus. Numa sondagem de que deu conta o jornal de Barcelona LA VANGUARDIA, em 11 de Setembro do ano passado, num universo de 944 jovens dos 13 aos 16 anos 57,1% optariam por ser advogados, enquanto que apenas 16,1% gostariam de ser juizes e 3,6% magistrados do Ministério Público.

Estou em crer que em Portugal os Tribunais, com as limitações de apoio logístico e de métodos de trabalho que estão ainda à vista, cumprem com assinalável dignidade a sua fundamental responsabilidade institucional e social. Mas desde há largos anos que venho a deduzir a "pregação" de que se deverão incentivar os meios alternativos da justiça judicializada. E daí o ter pretendido romper com a má tradição ("má", mas sem dúvida fundamentada) de que os mecanismos de arbitragem serviam apenas para uma justiça de grandes litígios, por ser onerosa, pouco praticável (com base nos dispositivos do Código de Processo Civil) e, vistas bem as coisas, tão demorada como a justiça judicial.

A nova lei de arbitragem e a criação, através de uma fórmula expedita, de centros de

arbitragem institucionalizada poderão ser os remédios para essa defeituosa configuração e quase inevitável vocação.

É, aliás, de notar que, no intento de "escapar" à severa ritologia do Código de Processo Civil, as arbitragens "ad hoc" que se realizavam em Portugal eram, quase todas elas, arbitragens irrituais, sem adstrição a qualquer processamento metodizado, quase que no estilo do arbitrato irrituale do direito comum italiano, que não está previsto em textos legais, sendo uma criação da prática, sobretudo no domínio do comércio. Só que, como em Itália, tais arbitragens davam lugar a frequentes problemas de aplicação, quando não voluntariamente acatadas (21).

A lei de arbitragem de 1986 tem remetido, entre nós, as partes para a sua disciplina, o mesmo tendo até certo ponto acontecido em Itália depois da reforma de 9.2.1983, considerada, no entanto, insuficiente para enfraquecer o recurso à arbitragem irritual; é, entretanto, de salientar que esta ganhou ali uma tradição nunca alcançada na realidade portuguesa.

4. O que acontece, porém, é que as boas leis, sendo condicionantes de uma boa aplicação da Justiça, carecem de ser postas em acto - com imaginação, determinação e capacidade. Só por si de nada valerão, sobretudo quando se destinam a criar uma nova experiência e a dar respostas audíveis às pessoas que delas carecem.

Neste País que pendularmente alterna entre a aventura e a rotina, entre o bem feito e o que o é

defeituosamente, a DECO é exemplo vivo de criatividade, persistência e fidelidade ao seu projecto fundacional. Compreender-se-ã, assim, que a saúde, não em gesto protocolar, mas ratificando a ideia que dela formo desde que a conheço.

Este seu novo impulso para melhorar a vida das pessoas, vivificando a sua cidadania e a sua integração social, tem resultantes concretas à vista. É uma acção conseguida, que deveria servir de paradigma àqueles que ou são profetas das pátrias desgraças ou arautos das nossas pequenas e efémeras "glórias", que, bem promovidas mediaticamente, mais não são do que os Pachecos ou os Abranhos desta ponta final do século XX.

(1) Mário Raposo, NOTA SUMÁRIA SOBRE O ARTIGO 20º DA CONSTITUIÇÃO, na Revista da Ordem dos Advogados (R.O.A.), 1984, maxime p. 533.

(2) Mário Raposo, O ACESSO AO DIREITO E A ORDEM DOS ADVOGADOS, na R.O.A., 1977, maxime p. 392.

(3) est. cit. na nota 2, p. 394. Sobre a configuração de uma política sistematizada de acesso ao Direito cfr. o dossier, organizado no Ministério da Justiça em 1980, em que se registavam as três vertentes em que ela se repartira: a da informação jurídica, a da consulta jurídica e a do patrocínio judiciário. A ela aludi, nos pródromos da revisão constitucional de 1982, em A REVISÃO CONSTITUCIONAL E A INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES, na R.O.A., 1982, p. 342, em nota. Remeto-me ainda para o meu despacho nº 61/86, de 24.6.1986,

de novo como Ministro da Justiça (Diário da República, II Série, nº 142, de 24.6.1986, p. 5751). Desta trilogia a consulta jurídica viria apenas a ser constitucionalmente explicitada na 2ª revisão constitucional. O 1º Gabinete de Consulta Jurídica a funcionar profissionalizadamente, com carácter não sectorial, foi efectivamente instalado a partir do convénio estabelecido em 25.11.1986 entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados (na Avenida Infante Santo). Mas o certo é que ao impulso inicial sucedeu um marcado declínio.

(4) LA LITIGIOSITÀ ODIERNA. CONSIDERAZIONI GIURIDICO-CULTURALI, na Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1983, maxime p. 781.

(5) JUSTICE WITHOUT LAW?, 1983, maxime p. 9. Sergio Cotta (est. cit. na nota 4) refere, por seu lado, que "parece inegável que o simples facto de ter aumentado, crescentemente, a quantidade de leis e instrumentos normativos constitui, por si só, um factor directo e objectivo da intensificação da litigiosidade" (p.775).

(6) J.P. Henry, VERS LA FIN DE L'ÉTAT DE DROIT, na Revue du Droit Public, 1977, p. 1211. "L'inflation normative est donc tout à fait comparable à l'inflation monétaire: elle a pour effet de démonétiser la règle, de la rendre incapable de remplir les fonctions qui lui sont assignées" (Jacques Chevallier, LES ENJEUX DE LA DÉRÉGLEMENTATION, na mesma Revue, 1987, maxime p. 291).

(7) Pascal Diener, IDÉE NOMINALISTE ET DÉCONSTRUCTION DU DROIT, nos Archives de Philosophie du Droit, 1983, p. 239.

(8) Nicolas Nitsch, L'INFLATION JURIDIQUE ET SES CONSÉQUENCES, nos cit. Archives, 1982, maxime p. 167.

(9) OS JUIZES, A LEI E O DIREITO, no Boletim do Ministério da Justiça, 348, maxime p. 8. "Isto sem duvidar que a Lei ganha cada vez mais propósitos de intervenção social, e que através dela o legislador afirma uma política; só que para esta adquirida perspectiva será de convocar a anglo-saxônica dualidade entre policy e politics. Tudo estará, assim, que o legislador não use a lei para fazer política ("politicienne"), mas para definir e concretizar uma política" (p. 9, em nota).

(10) Castanheira Neves, O ACTUAL PROBLEMA METODOLÓGICO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, 1179, nº 3722 (Set. de 1984), p. 129.

(11) E o esquema silogístico - subsuntivo da aplicação da lei foi o esquema demo-liberal da aplicação do Direito; cfr., sobretudo, Castanheira Neves, QUESTÃO-DE-FACTO - QUESTÃO-DE-DIREITO, 1967, p. 105 e segs.

(12) Castanheira Neves, A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO: O SEU PROBLEMA E O SEU SENTIDO, 1979, maxime p. 46.

(13) Giorgio del Vecchio, A CRISE DA CIÊNCIA DO DIREITO, no Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra), 1942, maxime p. 152. Como acentua o jurista italiano, decorre dessa ideia uma outra, igualmente errada: a de que a qualquer questão ou controvérsia jurídica pode ser dada de imediato uma solução infallível. Porque assim não pode ser, censura-se aos juristas a tendência a complicar em demasia as questões, quando o que acontece é a própria vida ser variada e complexa. Conhecer o Direito, na sua mensagem decisiva, implica uma tarefa de o tornar acessível a todas as pessoas. Mas não dispensará, por certo, a mediação técnica de juristas, sobretudo quando estão em jogo questões de

aplicação concreta, dimanadas de litígios - sejam eles de pequena ou grande monta pecuniária. Cfr. a este respeito o nosso estudo cit. na nota 1, maxime p.p. 531-532.

(14) Em geral, sobre esta perspectiva, cfr. Pessoa Vaz, PODERES E DEVERES DO JUIZ NA CONCILIAÇÃO JUDICIAL, 1976, maxime p. 207. Isto, como é óbvio, mudado o que deva ser mudado, já que na hipótese não se trata de uma conciliação judicial.

(15) Christophe Grzegorzcyk, LE JUGEMENT JURIDIQUE EN TANT QUE JUGEMENT PRATIQUE, nos cit. Archives, 1983, p. 323.

(16) Cfr. o debate na generalidade no Diário da Assembleia da República, I Série, nº 72, de 29.5.1981.

(17) Mário Raposo, PARA UMA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO, no Boletim do Ministério da Justiça, 300, p. 11.

(18) Neste sentido cfr. o meu estudo cit. na nota 1, p. 524, em nota. Alberto dos Reis interrogara-se (COMENTÁRIO AO CÓD. PROC. CIVIL, II, 1945, p. 142) sobre se "o juiz denega justiça quando demore as suas decisões", mas propendera para a negativa; para ele seria necessário que expressamente o juiz se recusasse a proferir a decisão (p. 144). Mas não parece ser assim. De muito especial interesse será, por certo, o Acórdão do S.T.A. 1ª Secção, de 7.3.1989, no qual se conclui ter agido com culpa um juiz que retardou em excesso o julgamento de uma acção. E daí a responsabilização civil extracontratual do Estado (Acórdãos Doutriniais, ano XXIX, p. 1035).

(19) Mário Raposo, JUIZES E TRIBUNAIS, em o Primeiro de Janeiro, de 14.2.1979.

(20) Semanário de 18.4.1984

(21) A arbitragem irritual do direito italiano

resulta, exactamente, do excesso de ritologia e da inadequação do sistema da arbitragem formal (Charles Jarrosson, LA NOTION D'ARBITRAGE, 1987, p. 350). Mas não é uma verdadeira arbitragem; tratar-se-á para alguns de um negozio di accertamento cujo fim é a constatação de um direito. Entretanto, a decisão dos árbitros irrituali, o "lodo irrituale", não tem força executiva.

O CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA
E A SOCIEDADE CIVIL PORTUGUESA (*)

(I)

A Lei nº 14/90, de 9 de Junho
Formação Legislativa

1. O Projecto de Lei do Partido Socialista

1.1. Em fins de Junho de 1989 alguns Deputados do PS apresentaram na Assembleia da República um projecto de lei - que teve o nº 420/V - intencionalizado à criação de um Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (1). Órgão independente, a funcionar junto da Assembleia da República, caber-lhe-ia "emitir parecer sobre os problemas éticos suscitados pela investigação no domínio das ciências da vida e respectivas aplicações, quer esses problemas (dissessem) respeito às pessoas individuais, aos grupos sociais ou à sociedade no seu conjunto".

Foi para ele prevista a seguinte composição:

(a) Um presidente, designado pelo Presidente da Assembleia da República de entre cidadãos de reconhecido mérito;

(*) Tópicos para uma conferência realizada em 21.9.1991 no colóquio sobre SIDA, ÉTICA E MORAL CRISTÃ, promovido pela Associação dos Médicos Católicos Por-

(b) Cinco personalidades designadas pelo Presidente da República, tendo em conta as principais correntes éticas e religiosas;

(c) Cinco personalidades eleitas pela Assembleia da República, por maioria de dois terços dos deputados em efectividade de funções;

(d) Três personalidades designadas pelo Governo, atenta a sua competência científica e sensibilidade ética;

(e) Uma personalidade, ligada ao ensino ou à investigação científica, designada pelo Conselho Científico de cada uma das instituições universitárias onde se leccionam as ciências biomédicas.

1.2. Teria o mandato dos membros do Conselho a duração de quatro anos, sendo renovável.

1.3. Elaboraria o Conselho um regimento interno, a homologar pelo Presidente da República.

Promoveria a realização de uma conferência anual sobre os problemas éticos no domínio das ciências da vida.

Nele seria criado um centro de documentação, e elaboraria um relatório anual, a publicar no Diário da Assembleia da República.

Poderia ouvir as pessoas que considerasse necessárias para a emissão dos seus pareceres.

Isto no essencial.

1.4. Remetido, para parecer, à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, de que então era presidente, dele fui designado relator (2).

Considerando a iniciativa legislativa do PS dotada de "inteira pertinência e actualidade", logo salientei:

"Os progressos que, em vertigem, nos últimos anos se sucedem no campo da medicina, da biologia e da genética propõem problemas por vezes quase que dramáticos. Seja qual for a identificação ideológica ou a concepção da vida e do mundo de cada um, postulam tais problemas a responsabilidade de uma reflexão séria e de uma possível resposta. É a natureza natural da pessoa que está em causa, emancipada das previsões de Orwell; é a sua imprescindível dignidade que pode, pelos deslumbramentos da inovação técnica, incorrer em risco grave. Isto mesmo foi, sem discrepância, assinalado na 1ª Conferência Ministerial Europeia sobre os Direitos do Homem, promovida pelo Conselho da Europa (Viena, Março de 1985), na qual participei em representação do Governo Português (cfr. "Pessoa, Ética e Direito", no Boletim do Ministério da Justiça, nº 347)".

1.5. Por assim ser, referi, não terá sido por acaso que a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias que, em 1986, foi constituída no Ministério da Justiça (meu despacho nº 37/86, de 14 de Abril, no Diário da República, II Série, nº 103, de 6.5.1986) tenha preparado, além do mais, um anteprojecto de lei sobre a criação de um

Conselho Nacional de Bioética, com objectivos análogos aos do Conselho proposto pelo PS.

"Aconteceu que essa Comissão concluiu os seus trabalhos (todos eles dotados de alto nível científico) em finais de Julho de 1987, o que, obviamente, inviabilizou a apresentação formal de qualquer iniciativa legislativa pelo Governo de então (que cessaria funções em meados de Agosto)".

1.6. Sem ingressar numa análise de pormenor do projecto de lei do PS, suscitei, no entanto, algumas dúvidas quanto ao respectivo articulado.

Entendendo como certa que a designação do presidente pertencesse ao Presidente da República, tal como se previa no anteprojecto de 1987, afigurou-se-me desnecessário utilizar a tabelar fórmula de que a escolha devesse recair num "cidadão de reconhecido mérito", já que não seria hipotizável que o Presidente da República optasse por alguém sem esse natural atributo.

Dei ainda conta de que ao Governo, "ao qual cabe a responsabilidade de definir políticas de actuação em concreto", deveria corresponder a designação de uma mais significativa "quota" de membros do Conselho. Noutro plano, pareceu-me justificar-se que a participação da comunidade científica (lato sensu) deveria ser acrescida. Não via, aliás, como encontrar a personalidade referida na alínea (e). "Através de uma eleição intermédia, a nível dos conselhos científicos das instituições universitárias onde se leccionam as ciências biomédicas? E porque não conferir o encargo da

designação no Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas?".

Sugeri, finalmente, que integrassem o Conselho personalidades designadas por entidades com o relevo da Academia das Ciências de Lisboa, do Instituto Nacional de Investigação Científica e da Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica; isto para além de outras como a Ordem dos Médicos, a Ordem dos Advogados e o Conselho Superior da Magistratura.

1.7. Não será agora caso de reproduzir, mesmo em síntese, o que no parecer, relativamente extenso, ponderei.

Mas terá algum interesse de memorização - e até algum relevo hermenêutico, já que o parecer foi integralmente assumido pela mais determinante Comissão especializada da Assembleia da República - reproduzir o que em remate aduzi, quanto ao magno problema da praticabilidade ou da conveniência de um enquadramento normativo (reportando-me, obviamente, e para certos domínios, a leis-quadro e não a uma regulamentação estrita, rapidamente perecível face aos incontidos avanços tecnológicos).

Não poderá existir qualquer actividade humana sem regras: a vida postula a norma. E esta, tendo embora como subjacência inspiradora a natureza das coisas ("natura rerum"), pressuporá alguma equivalência textual.

Claro está que, nestes campos de contornos imprecisos e mutáveis, os critérios não poderão ser apenas os legais. Como afirmei no acto de posse daquela Comissão, em Maio de 1986 (Boletim do Ministério da Justiça, nº 356), "haverá que fazer

confluir as vertentes da legalidade ou da positividade e a da legitimidade, que, antes daquela, a pressupõe e justifica, e de que se não pode dissociar".

"Estará aí, precisamente, a tarefa mais importante do Conselho constituindo: comedir, prudencialmente, a revolução biológica, desde logo numa perspectiva ética, mas, simultâneamente, ajudando a definir as fronteiras normativas do que, seja qual fôr o estágio dos conhecimentos já adquiridos, deverá ser contrário ao direito. Assim se evitará o choque do futuro causado pela complexidade das técnicas e pela consequente potenciação dos erros".

1.8. Processado em 31.10.1989 (3), decorreu o debate com assinalável nível; terá sido mesmo um dos mais conseguidos momentos parlamentares da V Legislatura. No que agora pode relevar recordarei que se formou um generalizado consenso sobre a perspectiva para que no parecer da Comissão eu próprio apontara: a de que a ética de que o Conselho se deveria ocupar seria, por assim dizer, uma ética normativa, tendo em vista, como propósito não minimizável, a modelação do próprio Direito.

2. A Proposta de Lei do Governo

2.1. Na esteira do PS entendeu o Governo apresentar a decisão parlamentar uma proposta de lei - que teve o nº 125/V - aprovada na reunião do Conselho de Ministros de 26.10.1989 (4). Nela retomou

a designação escolhida em 1987 pela Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias: Conselho Nacional de Bioética. E embora na exposição de motivos não se faça alusão ao anteprojecto de 1987 (5) é patente que, com escassas variantes de forma, a proposta de lei representou como que a sua repriminção: até as epígrafes dos artigos e o número destes (onze) são os mesmos. A única alteração verdadeiramente relevante foi a de o presidente ser nomeado, não pelo Presidente da República, mas pelo Primeiro-Ministro, embora em ambos os textos se estabelecesse que o Conselho viria a funcionar junto da Presidência do Conselho de Ministros.

2.2. Sobre a proposta de lei foram emitidos dois pareceres: um da Comissão de Saúde, meramente tabelar, e outro, encarando já o fundo das questões em jogo, da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, do qual foi relator o Deputado Alberto Martins (6).

2.3. O debate em Plenário, na generalidade, foi caracterizadamente menos consensual do que o que incidira sobre o projecto de lei.

(II)

A acção do Conselho
Funcionamento e perspectivas

3.1. Ficou claramente expresso na Lei nº 14/90 que o Conselho é um órgão independente; embora

funcionando junto da Presidência do Conselho de Ministros dela recebe apenas apoio logístico (administrativo e financeiro) e não quaisquer instruções. Dispõe de uma plena autonomia institucional; não se insere, pois, em qualquer linha hierárquica; ele é o topo dele próprio e as consequências dessa impar situação atribuem-lhe um relevo que deve ser bem entendido por aqueles que perfiguram os poderes convencionais.

3.2. O ajuizamento dos problemas que serão objecto de pronúncia do Conselho colocar-se-á estritamente no plano da ética, desligado de qualquer nexó com o Direito? Pelo que brevemente já aduzi estou em crer, com firme afoiteza, que não. Aliás da própria literalidade do artº 2º daquela Lei não se extrai conclusão diversa; repare-se, por exemplo, que a alínea c) do nº 1 do artº 2º fala da aplicação das novas tecnologias à vida humana e das implicações de natureza ética e social.

Não sendo um centro de preparação legislativa, advirá a sua utilidade real dos parâmetros de actuação normativa para que puder contribuir. Ora não é de esquecer que em Portugal o direito biomédico se mantém em incipiente formação, desperdiçado como resultou, ao longo de quase quatro anos, o impulso iniciador da Comissão que em 1986 foi criada no Ministério da Justiça. Na Recomendação Legislativa que, enquanto Provedor de Justiça, fiz à Assembleia da República e ao Governo sobre Bioética e Biodireito (9) insisti, como já havia insistido em 1986, que, perante a espectacular evolução das ciências médicas, biológicas e bioquímicas terão que ser criadas estruturas normativas de resposta, que demarquem critérios e adequem soluções.

Poder-se-ã aqui divisar um tertium genus dogmático: a ética-jurídica (7). A ética ou a moral, que são categorias equivalentes, surgem como o conjunto de regras que devem dirigir a actividade da pessoa. Mas, nelas, as pessoas são destinatárias individuais e as directrizes que delas provêm são imediatamente dirigidas à sua consciência e só reflexamente aos seus comportamentos sociais.

3.3. Ora, para além de todas as interrogativas metodológicas que se poderão cruzar sobre a decisiva vocação do Conselho, há que nele configurar uma perspectiva finalística, e essa será, inquestionavelmente, a salvaguarda da dignidade da pessoa, o seu valor, a sua identidade (que é a génese do direito à diferença), a sua irrepetível natureza. Num plano efectivo, o direito natural, que é a subjacência de todo o Direito, tem sobretudo um conteúdo ético ou, em certo sentido, como figurou Sergio Cotta (8), será aqui um direito deontológico. É necessário, pelo menos em certos domínios, a sua transposição para o direito positivo; o que não significa amputar-lhe o seu sopro de grandeza e confiná-lo a uma perspectiva positivista. Tratar-se-ã, muito simplesmente, da pragmática formalização positiva do direito natural.

3.4. Tomou o Conselho posse, após a designação do seu presidente, em 30.1.1990 (10), logo depois iniciando a sua actividade, através de reuniões mensais em plenário e da sua Comissão Coordenadora. O saldo, para esta fase inicial, é francamente positivo,

já que se estão a rasgar perspectivas de indagação e de avaliação pluridisciplinar de alguns dos fundamentais problemas da Bioética.

É, no entanto, urgente - quase diria impositivo, em termos de responsabilidade social - que o Conselho se abra para o exterior, como aliás previne a sua lei estatutária. A sensibilização da opinião pública - presa nos enredos da política politicienne e na nossa tradicional fascinação da bagatela - para as grandes questões envolvidas, o intercâmbio, sistematizado e não despontado do voluntarismo e do prestígio ut singuli dos seus membros, com organizações internacionais, a criação de um centro de documentação que se situe e funcione no próprio espaço funcional do Conselho, a promoção de conferências e de colóquios, num intento de mais alargado diálogo, são tarefas que se terão de iniciar a muito curto prazo, sob risco de o Conselho se tornar numa bem pensante Academia, mesmo assim útil mas não inteiramente produtiva.

Claro está que isso só será viável se a Presidência do Conselho de Ministros, que até agora tem manifestado a mais excelente compreensão, passe a concretizar uma praticada operância no apoio a que institucionalmente está adstrita.

(III)

O desafio da SIDA

4.1. Considerada, e com veemente razão, como um flagelo mundial, a SIDA é, em derradeira análise,

uma doença como qualquer outra; uma das suas principais especificidades estará em que, nesta ponta final do século XX, se pressupunha já que, com maior ou menor grau de eficácia, qualquer doença endêmica era enfrentável; daí a desilusão, o justificado alarme, a compreensível legenda negra.

É evidente que se não pode ser alheio aos problemas de saúde pública que ela propõe; como se sublinha na Recomendação nº R (89) 14, adoptada em 24.10.1989 pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, há que estabelecer um sensato equilíbrio entre os direitos e os deveres das pessoas e os da colectividade. Para além de uma estratégia global de informação - já afirmada na Recomendação nº R (87) 25 - não se deve perder de vista que o rastreio dos portadores do virus não pode ser feito ao duro preço da ética essencial da relação médico-doente, designadamente no tocante ao inderrogável respeito pela dignidade, pela privacidade e, como corolário, pelo segredo médico. Isso mesmo é salientado na Recomendação 1116 (1989) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, votada em Dezembro desse ano.

4.2. Claro que num juízo etiológico não se pode esquecer que a SIDA é uma consequência do arbítrio prevalecente no comportamento sexual das pessoas. Implica, pois, com toda a pertinência, uma recomposição de valores esquecidos; a informação, uma política de informação, postula, de igual passo, um processo de reabilitação desses valores.

Mas instalada que seja a doença, todas as normas deontológicas da relação médico-doente deverão ser observadas: o consentimento esclarecido e competente, o segredo profissional, o conjunto de

cuidados, mesmo paliativos, de que todo o doente é credor.

4.3. O justo encontro entre a individualidade e a socialidade implica o respeito pela privacidade, e há que precaver a pessoa contra o "assalto à privacidade" (assault on privacy) para que as soluções massificadas tantas vezes arrastam (11).

Compreender-se-á que, em nome do bem comum, seja imposta a declaração obrigatória desta e doutras doenças infecto-contagiosas. Mas uma coisa será declarar a doença e outra, bem diversa, identificar o doente. Pertencerá ao reduto de consciência (e de ciência) de cada médico apurar quando deve ser preconizado o isolamento do doente com SIDA; isto ensaiando primeiro a sua adesão voluntária e só em derradeira instância evitando que, sobretudo se pertencendo a um grupo de risco, ele prossiga a sua actuação anti-social como agente transmissor.

O que o médico nunca deverá desmerecer é a confiança do doente. Tudo pode, e deve, pois, ser feito à luz deste indeclinável princípio. Princípio esse que, no entanto, não deverá por de remissa a função social da profissão médica, que em casos limite pode apontar para uma derrogação, por justa causa, do segredo profissional. Mas, repito, apenas em hipóteses extremas e de outro modo não controláveis (12).

- (1) Diário da Assembleia da República (D.A.R.), II Série - A, nº 41, de 8.7.1989.
- (2) Aprovado por unanimidade na Comissão em 19.7.1989, está o parecer publicado no D.A.R., II Série - A, nº 4, de 3.11.1989.
- (3) D.A.R., I Série, nº 8, de 2.11.1989
- (4) D.A.R., II Série - A, nº 11, de 6.1.1990
- (5) Publicado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, em Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, 1990, p. 107.
- (6) D.A.R., II Série - A, nº 15, de 27.1.1990.
- (7) Dominique Thouvenin, Éthique et Droit en matière biomédicale, Rec. Dalloz Sirey, Chronique, 24.1.1985, p. 21 e segs.
- (8) Diritto Naturale, em Enc. Diritto, XIX, 1964, p. 647 e Diritto Naturale ideale o vigente? na Rivista di Diritto Civile, 1989, p. 643.
- (9) Cfr. Mário Raposo, Uma perspectiva de actuação, 1991, p. 141.
- (10) Cfr. as palavras ditas no acto de posse pelo Primeiro-Ministro Aníbal Cavaco Silva, em Ganhar o Futuro, 1991, p. 210.

(11) António Scalisi, Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità, 1990, p. 186.

(12) cfr. autores citados em Vittorio Fineschi e outros, Il nuovo codice di deontologia medica, 1991, p.p. 37-41.

AS FORÇAS ARMADAS NUM ESTADO
DE DIREITO: O CASO PORTUGUÊS (*)

1.1. "As Forças Armadas incumbe a defesa militar da República" (nº 1 do art. 275º da Constituição); são, pois, a componente militar da Defesa Nacional. Tem esta por objectivos garantir, no respeito da ordem constitucional, das instituições democráticas e das convenções internacionais, a independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externa" (nº 2 do art. 273º CRP).

Compõem-se as Forças Armadas "exclusivamente de cidadãos portugueses e a sua organização baseia-se no serviço militar obrigatório", sendo "único para todo o território nacional" (nº 3 do cit art. 275º).

1.2. O serviço militar obrigatório (SMO), a prestar "nos termos e pelo período que a lei prescrever", está vinculado à ideia da defesa da Pátria, que "é direito e dever de todos os portugueses" (nºs 1 e 2 do art. 276º).

(*) Intervenção, em 25 de Janeiro de 1991, no Seminário internacional sobre esse tema genérico, promovido pela Fundação Friedrich Naumann.

Não se optou, assim, pelo regime do voluntariado, em que assenta a organização das forças armadas "profissionais".

2.1. Face à decisão constitucional não será de problematizar as vantagens e as desvantagens de qualquer dos sistemas. Aliás, a opção por um destes tipos de organização e correspondente modelo de recrutamento sempre postulará complexas análises de natureza estratégica, política, económica, social e psicológica, e, obviamente, a adequação à específica realidade de cada país (1).

Em abono do SMO invocar-se-á a resultante cívica que dele advirá, designadamente através do reforço de sentimentos de solidariedade e de unidade nacional. E não terá sido por acaso que o legislador constitucional escolheu este preceito (o art. 276º) para convocar a ideia de Pátria, que no texto básico não encontra outra afloração verbal. O SMO ajudará a melhor identificar os FA com a sociedade em que elas se inserem. E, generalizando a instrução militar, potenciará os recursos humanos em caso de emergência, mantendo "apta a população a participar na resistência armada a um eventual invasor"(2). Não sendo remunerado em termos profissionais, propicia a manutenção de maiores efectivos com menores encargos para a Nação.

As clássicas desvantagens do SMO centram-se, essencialmente, em duas. De um lado desviará da evolução natural das suas carreiras profissionais "civis" muitos jovens nelas já integrados. Por outro lado, a sua curta duração não habilitará os jovens a

um especializado conhecimento de tarefas militares, cada vez mais assentes em equipamentos e técnicas que exigem elevado grau de preparação.

2.2. Suscita-se, aliás, a questão em todos os países - que são quase todos os da Europa Ocidental - em que se mantém o SMO (3).

Em França, por exemplo, inquéritos de opinião são levados a efeito desde há uma dezena de anos (4). E a ambiguidade das respostas às principais interrogativas formuladas revela a complexidade e a carga por assim dizer emotiva (mais do que cognitiva ou racionalizada) do problema. Realmente, quando aos franceses se pergunta se a França pode assegurar a sua defesa sem um serviço militar a resposta é concludente: cerca de dois terços respondem negativamente e apenas um quarto propende para a afirmativa, enquanto um décimo não tem uma opinião formada. Entretanto, quando a pergunta consiste em apurar se a defesa militar do país pode ser assegurada pelo serviço militar ou por forças armadas profissionalizadas o sentido das respostas predominantes é surpreendentemente diverso: cerca de 56% são a favor de uma "armée de métier", enquanto 32% abonam a permanência do SMO.

De qualquer modo, e no respeitante às condições em que o SMO se processa, mais de 60% dos franceses entendem que os jovens soldados estão demasiadas vezes desocupados. E, finalmente, os franceses pensam que o SMO é, para a defesa do país, mais um ponto fraco do que um ponto forte.

Quer isto dizer, em síntese, que os franceses não estão convencidos de que a conscrição seja a melhor forma de constituição das forças armadas, mas, simultaneamente, não acreditam que haja possibilidade de a ela renunciar, sem que seja fácil captar as causas desta aparente contradição.

2.3. Sobretudo por acção do Instituto da Defesa Nacional o debate está aberto em Portugal. Obviamente que não se põe em causa a necessidade de FA, que aqui sempre estiveram associadas a ideias e valores superiores, como os de patriotismo, de civismo e do primado da ética. O que se questiona, sobretudo, é a duração do SMO (já que este não será questionável, incluído como está na tábua das regras constitucionalmente consagradas) e a própria inserção das FA na vida da comunidade. Evoluiu o conceito de Defesa Nacional e o próprio conceito de FA, desde logo através de um adensamento do seu tecnicismo e da maior rentabilização dos seus recursos materiais e humanos (5).

Não é, de resto, por acaso, que, noutro plano, a Lei nº 30/87 de 7 de Julho (Lei do Serviço Militar) dispõe que "o serviço militar deve ainda constituir um instrumento que vise a valorização cívica, cultural e física dos cidadãos que o cumprem".

3.1. Os que forem considerados inaptos para o serviço militar armado prestarão serviço militar não armado ou serviço cívico adequado à sua situação (nº 3 do art. 276º CRP).

Os objectores de consciência prestarão serviço único de duração e penosidade equivalentes à do serviço militar (nº 4 do mesmo art. 276º).

O serviço cívico poderá ainda ser estabelecido em substituição ou complemento do serviço militar e poderá ser tornado obrigatório por lei para os cidadãos não sujeitos a deveres militares (nº 5).

3.2. Não está regulada na lei a prestação de serviço militar não armado ou de serviço cívico pelos considerados inaptos para o serviço militar, e a prestação de serviço cívico em substituição ou complemento do serviço militar, ou para os cidadãos não sujeitos a deveres militares.

Só o serviço cívico dos objectores de consciência tem hoje tratamento legislativo.

3.3. Parece estar na sistematização do serviço único - através da criação de um serviço cívico nacional do estilo do que actualmente existe em países como a França, a Bélgica ou a Itália - uma via para uma melhor rentabilização social de um regime do qual até agora não se terão extraído as perspectiváveis potencialidades.

Assim, e designadamente, na alfabetização das populações (sobretudo as de difícil acesso para a escolaridade obrigatória), no apoio técnico, agrícola e industrial das zonas mais carenciadas, no quadro dos serviços de Saúde e de instituições ou serviços como Bombeiros, Cruz Vermelha, e no apoio aos países do terceiro mundo, com prevalência para os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP'S) (6).

4.1. As mulheres são actualmente dispensadas das obrigações militares (nº 1 do art. 42º da cit. Lei nº 30/87). Isto muito embora a mesma Lei do Serviço Militar, na esteira da Constituição, reitere que a defesa da Pátria é dever e direito fundamental de todos os portugueses (nº 1 do art. 1º) e afirme que "todos os cidadãos portugueses dos 18 aos 38 anos de idade estão sujeitos ao serviço militar e ao cumprimento das obrigações militares dele decorrentes" (nº 4 do art. 1º).

Não será, assim, difícil sustentar que existe contradição entre o art. 1º e o nº 1 do art. 42º da Lei nº 30/87, embora a Constituição ressalve que o serviço militar é obrigatório nos termos que a lei prescrever. Onde a Constituição poderá ter resultado vulnerada será no nº 1 do art. 12º, em que se dispõe que "todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição", e no art. 13º que proclama o princípio da igualdade proibindo que alguém seja privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de sexo.

Obviamente que, de qualquer modo, as mulheres deveriam prestar obrigatoriamente serviço cívico.

E poderão prestar serviço militar voluntário em regime normal ou em outras modalidades de recrutamento especial, "em moldes a definir por diploma próprio e salvaguardados os princípios constitucionais aplicáveis à protecção da igualdade dos cidadãos e da função social da maternidade e a especificidade das funções militares".

4.2. Viria a ser publicada em 25 de Janeiro de 1990 a Portaria nº 60/90, para execução da Lei do Serviço Militar e nos termos do art. 7º do respectivo Regulamento, aprovado pelo Decreto-Lei nº 463/88, de 15 de Dezembro.

Com ela se abriu o acesso dos cidadãos do sexo feminino em condições de igualdade com os do sexo masculino ao serviço militar efectivo nos quadros permanentes da Força Aérea, com destino a certas especialidades.

5.1 Consagra o art. 41º, nº 6, CRP o direito à objecção de consciência nos termos da lei.

A transposição deste direito para o SMO está feita, como se disse, no nº 4 do art. 276º: "os objectores de consciência prestarão serviço cívico de duração e penosidade equivalentes à do serviço militar armado".

Foi a Lei nº 6/85, de 4 de Maio regulamentada pelo Decreto-Lei nº 91/87, de 27 de Fevereiro, que deu expressão efectiva ao preceito constitucional.

O direito à objecção de consciência comporta a isenção do serviço militar, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra (art. 1º. nº 2, da Lei).

"Consideram-se objectores de consciência os cidadãos convictos de que, por motivos de ordem religiosa, moral ou filosófica, lhes não é legítimo usar meios violentos de qualquer natureza contra o seu semelhante, ainda que para fins de defesa nacional, colectiva ou pessoal" (art. 2º da Lei). Foi já observado que, a exemplo do que aconteceu com a lei francesa de 8.7.1983, se deveria ter referido, mais

abrangeiramente, "motivos de consciência" (7).

5.2. A situação de objector de consciência adquire-se por decisão judicial (art. 9º da Lei). O objector proporá uma acção judicial no tribunal da comarca da sua residência, salvo se residir no estrangeiro, em que será competente o tribunal da comarca de Lisboa (nº 2 e 3 do art. 16º). O processo inicia-se por uma petição articulada e devidamente fundamentada, em que se referirão os motivos de ordem religiosa, moral ou filosófica do pedido e se alegarão os factos demonstrativos da coerência do comportamento do autor com aqueles motivos (art. 19º).

5.3. Na primitiva redacção do nº 4 da Lei nº 6/85, a atribuição da situação de objector de consciência dependia de o tribunal considerar provados os factos que demonstrassem, simultaneamente:

a) a sinceridade da convicção pessoal do interessado (...);

b) a fundamentação dessa convicção em motivos de ordem religiosa, moral ou filosófica;

c) o comportamento anterior do interessado em coerência com a convicção alegado em tribunal, designadamente a sua filiação em associações religiosas cuja doutrina é contrária ao uso dos meios violentos (de qualquer natureza contra o seu semelhante) ou a sua participação em actos públicos demonstrativos da sua recusa no uso de tais meios.

A fórmula actual, resultante da Lei nº 101/88, de 25 de Agosto, dispensa a prova de

sinceridade da convicção e a da filiação anterior em associações religiosas cuja doutrina seja contrária ao uso de meios violentos ou de participação em actos públicos demonstrativos da recusa ao uso de tais meios.

Sanou-se, assim, uma patente inconstitucionalidade, radicada na liberdade de consciência (nº 3 do art. 41º da CRP).

II

6. "As Forças Armadas estão ao serviço do povo português, são rigorosamente apartidárias e os seus elementos não podem aproveitar-se da sua arma, do seu posto ou da sua função para qualquer intervenção política" (nº 4 do art. 275º CRP). O que não poderia deixar de acontecer, já que "as Forças Armadas obedecem aos órgãos de soberania competentes, nos termos da Constituição e das leis" (nº 3 desse art. 275º).

7.1. Da específica natureza da condição militar resulta que certos direitos fundamentais que a Constituição reconhece a todos os cidadãos são, em relação aos militares, objecto de restrições.

A tais restrições aplicam-se, no entanto, por inteiro, as regras dos nºs 2 e 3 do art. 18º CRP.

Dispõe o nº 2:

"A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as

restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

Estatui o nº 3:

"As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

Pressupostos das restrições dos direitos fundamentais são, pois:

(a) Importa que haja uma previsão constitucional expressa da restrição;

(b) A restrição terá que motivar-se na salvaguarda de um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido;

(c) Deverá ser proporcionada (princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso);

(d) Terá que revestir natureza geral e abstracta e não ser dotada de efeito retroactivo;

(e) Não poderá diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

7.2. No que agora releva, a previsão constitucional expressa da restrição está consignada no art. 270º CRP:

"A lei pode estabelecer restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, na estrita medida das exigências das suas funções próprias".

É de entender, portanto, que as restrições apenas poderão recair no exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva, e mesmo então com observância dos princípios da necessidade e da proporcionalidade: "só é legítimo restringir se e na medida em que isso fôr necessário" (8).

É de entender, ainda, que os destinatários exclusivos desta norma constitucional são os militares e os agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo.

Excluídos da restrição estarão, pois, desde logo, os cidadãos a cumprir o serviço militar obrigatório. E os militares ou agentes militarizados que não se encontrem em serviço efectivo, o que isenta da restrição "todos os que estejam desligados do serviço por qualquer dos motivos legais (aposentação, reserva, disponibilidade, etc)" (9).

8. A esta luz, e para que não invadam a esfera da inconstitucionalidade, devem ser entendidos

preceitos como os do art. 1º, al. g), do art. 2º e art. 7º da Lei nº 11/89, de 1 de Junho (Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar).

Ou seja, há que pôr em sintonia aquela alínea g) do art. 2º e o art. 7º, referenciados ao art. 1º, com o art. 270º da Constituição.

As restrições a que tais preceitos aludem poderão apenas dizer respeito aos militares dos quadros permanentes em serviço efectivo e não a quaisquer outros, como prima facie poderá inferir-se daquele art. 1º da Lei, que define:

"A presente lei estabelece as bases gerais a que obedece o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres pelos militares dos quadros permanentes em qualquer situação e dos restantes militares enquanto na efectividade de serviço (...".

Até certo ponto poderá considerar-se que a compressão exegética advirá do Decreto-Lei nº 34-A/90, de 24 de Janeiro, que aprovou o Estatuto das Forças Armadas, no desenvolvimento do regime jurídico daquela Lei nº 11/89.

Com efeito, estabelece o nº 1 do art. 3º do Estatuto uma classificação tripartida dos militares, consoante a forma de prestação de serviço:

- (a) Dos quadros permanentes (QP);
- (b) Em regime de contrato (RC);
- (c) Em serviço militar obrigatório (SMO).

E o nº 1 do artº 19º remete para a Lei de

Defesa Nacional e das Forças Armadas o regime das restrições constitucionalmente previstas ao exercício dos direitos, liberdades e garantias.

Feita a remissão para a Lei de Defesa Nacional vê-se do artº 31º desta que as restrições ao exercício dos direitos enumerados no artº 27º da Constituição abrangem os militares dos quadros permanentes e contratados em serviço efectivo.

Excluídos ficam assim do âmbito das restrições os militares cumprindo SMO.

A vulnerabilidade constitucional pressentível confinar-se-á, pois, aos militares contratados. É, aliás, de aduzir que, como se anota no preâmbulo do Decreto-Lei nº 34-A/90, o regime dos militares contratados foi pela primeira vez "objecto de integração num sistema estatutário" neste próprio diploma.

E não resta dúvida que uma realidade será a dos militares dos quadros permanentes e outra a dos militares em regime de contrato.

III

9. A Lei nº 29/82, de 11 de Dezembro (Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas), e prevê, como é natural, que os cidadãos possam apresentar, nos termos gerais, queixas ao Provedor de Justiça por acção ou omissão dos poderes públicos responsáveis pelas FA de que tenha resultado violação dos seus direitos, liberdades e garantias ou prejuízo que os afecte (nº 1.º do art. 33º).

Preceitua, no entanto, o nº 2 deste art. 33º:

"Os elementos das Forças Armadas, uma vez esgotadas as vias hierárquicas estabelecidas na lei, têm o direito de apresentar queixas ao Provedor de Justiça por acções ou omissões dos poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas de que resulte violação dos seus direitos, liberdades e garantias ou prejuízo que os afecte, excepto em matéria operacional ou classificada".

Os termos em que este direito (o do nº 2 do art. 33º) pode ser exercido, bem como a forma de actuação do Provedor de Justiça nesse caso, serão regulados por lei da Assembleia da República - complementa o nº 3.

10.1. O direito de queixa ao Provedor de Justiça por acções ou omissões dos poderes públicos - designadamente dos situados na esfera militar - "é uma forma qualificada do direito de petição" (10). É "um particular direito de petição" (11). Isto mesmo resulta do nº 2 do art. 1º da Lei nº 43/90, de 10 de Agosto, referente, precisamente, ao exercício do direito de petição.

Por assim ser, tratando-se de petições individuais, tudo faz crer que elas não estarão compreendidas no elenco de restrições do art. 27º CRP.

10.2. Caso é, pois, de indagar se o nº 2 do art. 33º da Lei de Defesa Nacional tem suporte consti-

tucional.

Trata-se de uma questão duvidosa, se entendido fôr que a exigência de estarem esgotadas as vias hierárquicas estabelecidas na lei traduz uma verdadeira restrição.

Podará aduzir-se no sentido afirmativo que a actividade do Provedor de Justiça é, na expressa intencionalidade constitucional, "independente dos meios graciosos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis" (art. 23º, nº 2), não devendo ficar condicionada à prévia interposição de qualquer recurso hierárquico ou não devendo tolher esta.

Aliás, mesmo que se hipotise que o apelo ao Provedor de Justiça não se parifica, por inteiro, com o direito de petição, não restará dúvida que esse apelo integra um direito fundamental, até pelo seu posicionamento no texto da Constituição.

E se é compreensível que o direito de queixa não deva recair em matéria operacional ou classificada, tudo leva a supor que a exigência de se encontrarem esgotadas as vias hierárquicas pode afectar o seu conteúdo essencial, a sua raison d'être, o seu sentido útil, a finalidade em que se objectiva (12). Pois, na verdade, o carácter informal da actividade do Provedor tem como decorrência e justificação o poder constituir uma intervenção expedita, não sujeita às consabidas demoras das demais formas de tutela dos direitos fundamentais.

11. A avaliação da eventual má-fé na apresentação da queixa, para efeitos disciplinares, não deverá, em princípio, pertencer a outra entidade

que não ao próprio Provedor. Para abonar essa solução será, no entanto, convocável o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 90/88, de 19.4.1988 (D.R., II Série, nº 111, de 13.5.1988), que apenas considerou não conforme à Constituição o segmento do Regulamento de Disciplina Militar de 1977 respeitante às queixas não fundamentadas.

IV

12. Num juízo de síntese poderá concluir-se que o sistema global das Forças Armadas em Portugal resguarda inteiramente os parâmetros essenciais de um Estado de Direito.

E quem não perfilhar uma visão exorbitantemente não - militarista das suas indeclináveis funções compreenderá, seguramente, que elas são o garante da perenidade de valores e de interesses associados à própria ideia da Pátria - que não é apenas um símbolo, mas um espaço em que se interligam as pessoas e as gerações, honrando o passado, preservando o presente e abrindo horizontes de dignidade e de esperança ao futuro comum.

(1) Sousa Lucena, A Juventude e a Defesa Militar do País, em NAÇÃO E DEFESA, nº 36, Out.-Dez. de 1985, maxime p. 127.

(2) est. cit, na nota (1), p. 129.

(3) Exemplo típico do sistema do voluntariado é a Grã-Bretanha.

(4) Baromètre national 89 SIRPA - SOfRES, cit. por François Cailleteau, LA CONSCRIPTION: LES ÉLEMENTS DU PROBLÈME, na revista DÉFENSE NATIONALE, Jan. de 1990, maxime p.15.

(5) Raul François Martins, A Juventude e o Serviço Militar, em NAÇÃO E DEFESA, número especial, Agosto de 1990, maxime p. 148.

(6) Amadeu da Silva Carvalho, Serviço Militar e Serviço Cívico, em NAÇÃO E DEFESA, número especial, Agosto de 1990, maxime p. 162.

(7) Soveral Martins, ESTATUTO DO OBJECTOR DE CONSCIÊNCIA, 1987, p. 12.

(8) Vieira de Andrade, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO..., 1983, p.246.

(9) Gomes Canotilho - Vital Moreira, CRP ANOTADA, II, 2ª ed., 1985, p.443.

(10) Jorge Miranda, MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, IV, 1988, p. 263.

(11) Gomes Canotilho - Vital Moreira, CRP ANOTADA, I, 2ª ed., 1984, p. 188.

(12) Cfr.quanto a esta problemática o parecer de 4.7.1990 da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre o Projecto de Lei nº 402/V e a Proposta de Lei nº 112/V, aprovado por unanimidade (Diário da AR, II Série-A, nº 56, p. 1522).

por não interessar ao funcionário a atribuição de um horário específico em qualquer daquelas modalidades, o trabalhador, estudante, bem como o trabalhador com filhos a cargo nas condições atrás descritas, poderão beneficiar de dispensas semanais de duração variável consoante a duração semanal de trabalho a que estiverem sujeitos, dispensas essas que podem ser gozadas de uma só vez ou interpoladamente (cfr. artigo 3º, nº 2 da Lei nº 26/81 e artigo 20º do Decreto-Lei nº 135/85, de 3 de Maio).

3.2. A fruição das regalias referidas, que não pode comprometer o normal funcionamento dos serviços ou organismos (cfr. diplomas citados, artigos 11º e 21º respectivamente), será acordada entre o dirigente e o funcionário interessado, e, sempre que o número de dispensas se revele manifesta e comprovadamente comprometedor do normal funcionamento do serviço, o número e as condições em que serão deferidos serão fixados por acordo entre os funcionários ou agentes interessados e o respectivo dirigente.

4. Das disposições citadas extraem-se as seguintes conclusões:

- a) A concessão das regalias é casuística;
- b) Tal concessão está sujeita a critérios de ordem gestonária, isto é, não pode prejudicar o normal funcionamento do serviço, e carece de acordo entre o dirigente e o funcionário ou agente interessado, e, no caso de haver vários interessados, de acordo entre todos eles e o dirigente;

- c) Quer a flexibilidade de horário, quer a jornada contínua, deverão ser ajustadas à frequência das aulas e inerentes deslocações ou ao acompanhamento dos filhos.

Isto significa que a existência de horário flexível ou da jornada contínua, no serviço, para todo o pessoal, não prejudica o estabelecimento de um horário flexível ou de uma jornada contínua diferente para cada um dos trabalhadores nas condições da Lei nº 26/81 ou do Decreto-Lei nº 135/85, de modo a permitir-lhes atingir os objectivos tutelados por aqueles diplomas.

5. Assim, apresentava-se ilegal, por contrário à letra e ao espírito da lei, o Despacho do Director-Geral da Junta de Crédito Público, de 12.10.88, que estabeleceria um horário flexível igual para todos os funcionários e agentes estudantes e nas condições do Decreto-Lei nº 135/85, independentemente de o mesmo se ajustar ou não à frequência das aulas e inerentes deslocações ou ao acompanhamento dos filhos, conforme os casos.

6. Face ao que antecede, o Provedor de Justiça fez a seguinte Recomendação ao Director Geral da Junta de Crédito Público:

- a) Que fosse revogado o despacho de 12.10.88.
- b) Que se apreciasse casuisticamente cada uma das situações que aquele despacho pretendia acautelar, concedendo aos interessados o tipo de horário que melhor se ajustasse aos seus interesses e necessidades - frequência das

aulas e inerentes deslocações ou acompanhamento dos filhos - sem descurar o normal funcionamento do serviço.

- c) Que, se não fosse possível a adopção de um horário específico para cada caso, por razões de funcionamento do serviço, devidamente fundamentadas, ou por interesse do funcionário, se lhes proporcionassem as dispensas semanais previstas, conforme os casos, no artigo 3º da Lei nº 26/81, de 21 de Agosto, e no artigo 20º do Decreto-Lei nº 135/85, de 3 de Maio.

7. Posteriormente, a Direcção Geral da Junta de Crédito Público comunicou ter sido o despacho de 12.10.88 tacitamente revogado com a entrada em vigor de um regulamento de horário flexível para todos os funcionários da Direcção Geral, sem prejuízo de as regalias previstas na lei para os trabalhadores - estudantes e funcionários com filhos menores de doze anos serem atribuídas casuisticamente.

Esclareceu, mesmo, existirem catorze funcionários a beneficiar de horários específicos, quer na modalidade de horário ajustado, quer na de jornada contínua, mas ao abrigo do Estatuto do Trabalhador - Estudante, outros para prestar acompanhamento a filhos menores de doze anos.

8. Nesta conformidade, foi arquivado o processo a este respeito aberto na Provedoria de Justiça.

SUMÁRIO : Processo administrativo. Direito de petição.
Reclamação.

OBJECTO : Proibição, constante do Decreto-Lei nº 13458, de 12 de Abril de 1927, de apresentação a despacho dum assunto já antes administrativamente decidido.

DECISÃO : Reclamação procedente. Recomendação legislativa aceite.

PROCESSO: R.495/90

SÍNTESE :

1. Um cidadão chamou a atenção do Provedor de Justiça para o facto de diversos serviços e organismos continuarem a aplicar o artigo 1º do Decreto-Lei nº 13458, de 12/04/1927, que proibia a submissão de novo a despacho ministerial de "qualquer assunto de interesse particular sobre o qual já haja recaído algum despacho definitivo". No seu parágrafo 1º, tal norma cominava a transgressão dessa proibição com a pena de suspensão de vencimento por quinze dias sem dependência de qualquer outra formalidade. Na mesma pena incorriam (§ 2º) os funcionários que, no âmbito das respectivas competências, não informassem devidamente que os assuntos já se encontravam resolvidos por despacho anterior.

2. O regime proibitivo em causa fora também consagrado no Estatuto do Funcionalismo Ultramarino, que determinava, no seu artigo 488º, que, "salvo no caso de reclamação ou recurso, serão arquivados os papéis em que os particulares requeiram que seja de novo despachado o assunto de seu interesse sobre o qual já tenha recaído despacho

definitivo, sem que ofereçam novos fundamentos ou tenham modificado o pedido".

E, no seu parágrafo único, este preceito punia com a pena de suspensão agravada os funcionários que, por sua iniciativa ou a pedido dos interessados, submetessem a despacho assuntos em contrário do disposto no corpo do artigo.

3. Sem prejuízo do entendimento de que tal medida proibitiva - ou simplificativa, na óptica de alguns sectores - não teria razão de ser perante as consequências da falta de impugnação atempada do indeferimento da pretensão constante do requerimento do particular (caso decidido, com a inerente consequência de estabilidade proveniente da exigência de segurança na ordem jurídica), da prática de acto confirmativo, ou da formação de acto de indeferimento tácito (que sempre inviabilizariam o desejo do particular de ser despachado requerimento com o mesmo objecto e causa de pedir anteriormente indeferido), o certo é que o Decreto-Lei nº 13458, de 12/04/1927, estava a ser, indevidamente, invocado a nível da Administração Central e Local. Isto, porque se encontrava revogado, pelo menos tacitamente.

4. Com efeito, quando o Decreto-Lei nº 256-A/77, de 17/6, veio reforçar as garantias dos particulares perante a Administração Pública, impôs a fundamentação expressa de certas categorias de actos (artigo 1º, nº 1), designadamente dos que neguem, extingam ou restrinjam direitos ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções (alínea a)) ou decidam em contrário da pretensão ou oposição formulada pelo interessado (alínea d)). Por outro lado, determinou que, na falta de prazo fixado para a emissão de decisão

administrativa sobre pretensão dirigida a autoridade que tenha o dever legal de a proferir, caberá ao interessado, salvo disposição em contrário, a faculdade de presumir indeferida essa pretensão, para poder exercer o respectivo meio legal de impugnação (artigo 3º, nº 1).

5. E a Constituição de 1976 (artigo 269º) não só garantiu aos cidadãos o direito de informação sobre o andamento de processos em que sejam interessados e de conhecimento das decisões (resoluções) definitivas que sobre eles sejam tomadas (nº 1), como também o de recurso contencioso com fundamento em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios (nº 2). Paralelamente, a Lei Fundamental garantiu ao arguido, em processo disciplinar, a sua audiência e defesa (artigo 270º, nº 3).

6. Também no nº 1 do seu artigo 49º (redacção originária) a Lei Fundamental reconheceu a todos os cidadãos a faculdade de apresentação, individual ou colectivamente, de petições, representações, reclamações ou queixas aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades, para defesa dos seus direitos, da Constituição e das leis ou do interesse geral. Trata-se de um direito político, fundamental num Estado de Direito Democrático (artigo 2º), o qual se não compadece com a restrição constante do Decreto-Lei nº 13458. Perante ele, a entidade material e hierarquicamente competente não poderá deixar de assumir uma posição.

7. O que se não mostra legítimo é o mecanismo instituído pelo Decreto-Lei nº 13458 para impedir os serviços de submeter a despacho qualquer assunto sobre o qual já tenha recaído despacho definitivo. A manutenção de tal regime equivalerá, em termos de realidade, a conferir

aos serviços um controlo indirecto sobre o andamento e apreciação das petições, reclamações e queixas dos cidadãos.

Tal mecanismo não se coaduna com o nosso regime constitucional. E daí a sua insubsistência.

8. Note-se que o actual artigo 52º da C.R.P. consagra o direito de petição com duplo conteúdo. Negativo, porque o Estado e demais entidades públicas não podem impedir a sua dedução. Positivo, porque o direito de petição vincula as autoridades públicas a receber e, eventualmente, examinar e responder às petições.

9. Assim sendo, a Administração, perante sucessivos requerimentos de particulares com o mesmo pedido e causa de pedir - quando já haja tomado posição sobre a pretensão e não pretenda alterar a decisão de indeferimento - não poderá deixar de seguir uma de duas vias. Ou nada diz sobre o requerimento apresentado, e então poder-se-à formar acto de indeferimento tácito. Ou, na falta de novos elementos de facto para reapreciação (ou de alteração do quadro legal em que a decisão foi tomada), limitar-se-à a proferir despacho confirmativo. Isto, tendo em consideração que só é confirmativo. Isto, tendo em consideração que só é confirmativo de outro o acto que em relação a esse outro apresenta identidade de sujeito, pretensão e decisão, sem que de um para outro haja alteração de pressupostos de facto ou de direito.

O que se não mostra aceitável é a proibição pura e simples de submeter a despacho da entidade competente o requerimento do particular, conforme dispunha o Decreto-Lei nº 13458.

10. Para mais, a lei Fundamental reconhece agora a faculdade de interposição de recurso contencioso com base em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos - e não

já, apenas, dos definitivos e executórios -, independentemente da sua forma, desde que lesem direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 268º, nº 4).

11. Tendo em conta a consagração do direito de petição (artigo 52º da C.R.P., antigo artigo 49º) as normas do Decreto-Lei nº 13458, de 12/04/1927, foram revogadas ou tornam-se caducas por força do disposto no nº 1 do artigo 293º da C.R.P. (actual 290º nº 2), sem prejuízo da necessidade de pronúncia do Tribunal Constitucional.

12. É de salientar que, em relação aos parágrafos 1º e 2º do Decreto-lei nº 13458, a revogação é flagrante, devido à inviabilidade de aplicação das sanções disciplinares nele contempladas sem precedência de processo disciplinar (Constituição, artigo 270º, nº 3 - versão 76 e 269º, nº 3 - versão de 89). Aqueles parágrafos colidem ainda com os Estatutos Disciplinares de 1979 e de 1984 (artigos 36º e 40º do Estatuto de 79 e artigo 38º do Estatuto de 84).

13. Com base na fundamentação exposta, o Provedor de Justiça recomendou ao Governo, para dissipação de todas e quaisquer dúvidas, a expressa revogação do Decreto-Lei nº 13458.

14. O Governo aceitou esta recomendação, referindo que iria incluir tal norma revogatória no Código de Processo Administrativo, em preparação.

SUMÁRIO : Trabalho. Empresas Públicas e de capitais maioritariamente públicos. Concurso de admissão.

OBJECTO : Exclusão de um concurso de admissão determinada pelo factor idade máxima dos candidatos.

DECISÃO : Reclamação procedente. Recomendação acatada para o futuro.

PROCESSO: R.2134/89

SÍNTESE :

1. Foi apresentada uma reclamação ao Provedor de Justiça alegando a sua autora que se tinha candidatado a um concurso para técnico administrativo aberto pelos Telefones de Lisboa e Porto (TLP), S.A., e que fora excluída de prestar provas por, à data de tal concurso, ter já 27 anos de idade, sendo certo que no respectivo aviso de abertura não tinha sido publicitado qualquer requisito de idade máxima. Entendia, assim, ter havido violação de vários preceitos constitucionais.

2. Embora os TLP sejam, agora, uma sociedade anónima, a Provedoria de Justiça desde sempre tem entendido que ela se mantinha abrangida pela sua competência de fiscalização, dado ser maioritariamente público o respectivo capital. Esta solução veio, aliás, a ser expressamente consagrada no recente Estatuto do Provedor de Justiça (Lei nº 9/91, de 9 de Abril, artigo 2º).

3. Ouvida a Empresa visada, veio esta defender-se, argumentando que, contrariamente às suas expectativas

iniciais, tinha concorrido um número excessivo de candidatos (cerca de 3.500 para apenas 24 vagas, aproximadamente), o que, dada, assim, a elevada onerosidade do concurso, obrigara a submeter preferencialmente a provas os candidatos de nível etário compreendido entre os 20 e 25 anos. Acrescentava, ainda, que, com tal procedimento não tinha violado qualquer preceito constitucional.

4. Estudadas as versões de ambas as partes, veio a concluir-se pela procedência da reclamação, pelo que o Provedor de Justiça, nos termos dos artºs 23º, nº 1, da Constituição, e 2º e 20º, nº 1, al. a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, dirigiu à dita Empresa uma recomendação em que salientava que, em face do número excessivo de candidatos, que tornava morosa a realização do concurso, poderia ter sido anulado o mesmo, realizando-se, seguidamente outro com a publicação de adequados requisitos de admissão, desde que legais.

E acrescentou que, não tendo procedido assim, os TLP violaram o disposto nos artºs 13º e 58º, nº 3, al. b) da Constituição. E terminou por recomendar que os Telefones de Lisboa e Porto (TLP), S.A., renovassem o concurso em causa, de harmonia com os princípios expostos, e que, se tal viesse a revelar muito oneroso, os TLP deveriam proceder em conformidade com tal doutrina em futuros concursos.

De facto, a elevação da idade mínima de admissão para além da maioridade só poderia justificar-se por razões objectivas, atinentes à natureza dos cargos a preencher, e nunca pelo elevado número de candidatos.

Além disso, quaisquer requisitos etários especiais deveriam constar sempre do aviso de abertura do concurso, não podendo ser introduzidos já no decurso deste.

5. Em resposta, a Empresa veio dizer que, dada a impossibilidade de se proceder à alteração do referido concurso, a orientação expendida na recomendação do Provedor seria tomada em consideração em futuros concursos, passando a actuação dos TLP, S.A., a pautar-se pelos princípios nela definidos.

SUMÁRIO : Obras ilegais. Demolição coerciva. Estabelecimento industrial não licenciado. Suspensão do fornecimento de energia eléctrica.

OBJECTO : Dificuldade de execução da demolição coerciva de uma construção edificada sem licença da Câmara Municipal, e afectada, ilegalmente, à instalação de uma unidade industrial, considerando a necessidade de garantir a segurança do pessoal encarregado de proceder à referida demolição, face à elevada potência eléctrica instalada no visado estabelecimento industrial.

DECISÃO : Reclamação procedente. Situação regularizada.

PROCESSO: R.1601/86

SÍNTESE :

1. Um cidadão, proprietário de uma habitação situada no loteamento do Retiro, em Fafe, dirigiu ao Provedor de Justiça uma reclamação relacionada com a instalação e o funcionamento de uma indústria de madeiras naquele loteamento, em condições ilegais.

2. Ouvida sobre o assunto, a Câmara Municipal de Fafe comunicou que já havia deliberado mandar demolir a construção onde fora instalada a referida unidade industrial (visto a mesma haver sido executada sem licença do Município), mas que só poderia promover a sua demolição coerciva desde que se tornasse possível realizá-la sem risco para o pessoal dela incumbido, face à elevada potência eléctrica instalada no visado estabelecimento industrial.

Porém, a E.D.P. - Electricidade de Portugal entendera não poder efectuar o corte de fornecimento da

energia eléctrica à unidade industrial em causa, por falta de legislação adequada, e a Direcção de Fiscalização Eléctrica do Norte também se pronunciara no sentido de que tal fornecimento não podia ser legalmente interrompido, por não haverem sido detectadas anomalias que assim o justificassem.

3. Dada a situação exposta, a Provedoria de Justiça diligenciou junto da Delegação Regional do Porto do Ministério da Indústria e Energia e da Direcção Geral de Energia no sentido de ser esclarecida a posição daqueles Departamentos acerca do problema em foco, considerando a necessidade de garantir a segurança do pessoal da C.M. de Fafe que haveria de proceder à demolição coerciva da mencionada construção, e tendo em vista, por outro lado, o estatuído no artº 21º do Decreto nº 46924, de 28.03.1966, a respeito da possibilidade de interrupção do fornecimento de energia eléctrica aos estabelecimentos industriais cuja laboração tivesse sido suspensa, temporária ou definitivamente, nos termos do Regulamento aprovado pelo referido Diploma.

Em resposta, a D.G. de Energia referiu que não tinha competência legal para proceder ao corte do fornecimento de energia eléctrica ao estabelecimento industrial reclamado, ainda que, em determinadas circunstâncias, e a solicitação dos Directores dos Serviços competentes para o licenciamento dos estabelecimentos industriais, pudesse notificar as empresas concessionárias da distribuição de energia eléctrica para interromperem o respectivo fornecimento a qualquer estabelecimento industrial, ao abrigo do disposto no artº 21º do invocado Dec. nº 46924.

Por seu turno, a Delegação Regional do Porto do Ministério da Indústria e Energia comunicou que a aludida

unidade industrial não fora por ela licenciada e que da sua laboração resultavam inconvenientes para terceiros, pelo que o respectivo proprietário fora intimado "a não laborar"; essa intimação não havia sido cumprida, facto que originara o levantamento do correspondente auto.

Mas, para além disso, a citada Delegação Regional entendia não estarem reunidas as condições para solicitar à D.G. de Energia a suspensão do fornecimento de electricidade ao questionado estabelecimento industrial, ao abrigo das normas do Decreto nº 46924, por não se tratar de caso de muita gravidade, por a suspensão afectar actividades não tuteladas pela mesma Delegação Regional e por a C.M. de Fafe pretender que a energia eléctrica fosse desligada para poder executar com segurança a demolição coerciva da construção onde funcionava o dito estabelecimento industrial, e não por inconvenientes que resultassem da sua laboração.

4. Constatou, assim, a Provedoria de Justiça que tudo se conjugava para que a construção reclamada continuasse de pé, e para que nela continuasse a funcionar ilegalmente, com inconvenientes para terceiros, uma unidade industrial que não fora licenciada pela competente Delegação Regional do Ministério da Indústria e Energia, apesar de o seu proprietário já ter sido intimado a parar a respectiva laboração (o que não cumprira, mau grado as autuações daí resultantes).

Mas, porque num Estado Democrático a persistente violação das normas legais não só avilta a força dos próprios comandos jurídicos, como desprestigia as entidades públicas que têm por dever zelar pelo seu cumprimento, afigurou-se absolutamente inadmissível o "impasse" a que parecia ter chegado a situação.

Em tais termos, submeteu-se o assunto à consideração do Ministério da Indústria e Energia, com vista à definição do procedimento que permitisse ultrapassar a

situação descrita.

5. Em resposta, a Secretaria de Estado da Indústria enviou à Provedoria de Justiça uma informação da Delegação Regional do Porto do Ministério da Indústria e Energia, na qual, depois de historiada a precedente actuação daquele Departamento no assunto, se concluía pela necessidade de determinação da selagem dos equipamentos existentes no estabelecimento industrial em causa, a fim de pôr termo à persistente ilegalidade do seu funcionamento e aos inconvenientes que dele continuavam a resultar para terceiros.

Quanto ao mais, a referida Delegação Regional continuava a entender que não existia base legal para propor a suspensão do fornecimento de energia eléctrica a uma empresa que não era tutelada pelo Ministério da Indústria e Energia e cujas instalações não estavam sujeitas, na sua maioria, ao Regulamento aprovado pelo Decreto nº 46924, de 28.3.1966.

6. Em seguimento da mencionada informação, a Provedoria de Justiça solicitou ulteriormente à Secretaria de Estado da Indústria e à C. M. de Fafe esclarecimentos complementares acerca da posição do problema pendente, havendo recebido daquela Secretaria de Estado a comunicação de que, na data fixada para a selagem do equipamento existente no estabelecimento industrial reclamado, já não existia nenhum equipamento nas respectivas instalações.

E, por seu turno, a aludida C. M. veio a esclarecer que a construção ilegalmente edificada no loteamento do Retiro, a que se referia o reclamante, já tinha sido demolida coercivamente pelo Município.

7. Considerando, pois, que a questão suscitada no

processo em causa se achava assim adequadamente solucionada,
procedeu-se ao arquivamento do mesmo processo.

SUMÁRIO : Responsabilidade civil extra-contratual. Vias públicas. Obras.

OBJECTO : Ressarcimento dos danos sofridos por uma cidadã que sofreu uma queda devido á existência de um buraco na via pública.

DECISÃO : Reclamação procedente. Situação regularizada.

PROCESSO: R.2108/89

SÍNTESE :

1. Uma cidadã apresentou reclamação pelo facto de, em data determinada, ao passear pela Rua dos Fanqueiros, na cidade de Lisboa, ter tido uma queda de que lhe resultou fractura de uma perna.

2. Mais alegou que a queda fora provocada pela existência de um buraco que não estava devidamente assinalado.

3. Por se julgar esta artéria em causa sob a jurisdição da Câmara Municipal de Lisboa, a Provedoria apresentou o caso àquela Edilidade, que todavia declinou a responsabilidade, uma vez que o buraco seria resultante de obras recentes levadas a cabo pela Empresa-Pública GDP-Gás de Portugal, S.A.

4. Ouvida a referida Empresa Pública, pela mesma foi comunicado ter de facto procedido a obras na Rua dos Fanqueiros, e que, apesar de não ter tido reclamações quanto à irregularidade do pavimento, iria participar a ocorrência à Companhia de Seguros para quem havia transferido a sua

responsabilidade.

5. Depois de uma prolongada insistência junto da Companhia Seguradora, esta veio a regular o assunto com a reclamante, pagando-lhe o valor dos prejuízos determinados pela queda.

SUMÁRIO : Feiras e mercados. Feira com valor histórico.
Recuperação.

OBJECTO : Restituição da Feira á sua caracterização histórica, com os consequentes reordenamento, e reestruturação.

OBJECTO : Reclamação procedente. Situação em vias de regularização.

PROCESSO: R.588/90

SÍNTESE :

1. Uma associação privada apresentou na Provedoria uma reclamação onde punha em causa o afastamento da Feira da Ladra, em Lisboa, das suas origens históricas, dado que na mesma se passaram a comercializar todo o tipo de produtos, e não apenas as tradicionais "antiguidades" e "velharias", o que originara a ampliação desmedida do espaço ocupado, levando a tornar intransitável, ás terças-feiras e sábados, os arruamentos limítrofes.

2. A Provedoria insistiu junto da Câmara Municipal pela necessidade de a situação ser repensada em ordem a serem tomadas as medidas adequadas.

3. Em resposta, a Câmara Municipal de Lisboa, aceitando a posição da Provedoria, comunicou ter adoptado entre outras as seguintes medidas:

1º Substituição dos Fiscais em serviço na Feira da Ladra;

- 2º Suspensão de todas as atribuições de lugares para comercialização de produtos novos, limitando-se a actividade comercial às denominadas "antiquidades" e "velharias";
- 3º Condicionamento da actividade à aquisição pelos feirantes de cartões pré-comprados, com pagamento de taxa nos Serviços Municipais;
- 4º Reordenamento e reestruturação da feira, através de uma equipa de trabalho.

4. Dado que as medidas adoptadas se revelaram susceptíveis de resolver em grande parte as preocupações da entidade reclamante, procedeu-se ao arquivamento do processo organizado na Provedoria de Justiça.

SUMÁRIO : Trabalho. Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.
Lotaria Nacional. Remuneração.

OBJECTO : Não participação nos actos dos sorteios da
Lotaria Nacional.

DECISÃO : Reclamação improcedente. Sugestão de alteração do
Regulamento da prestação de serviços nos actos dos
sorteios e tarefas complementares da Lotaria
Nacional.

PROCESSO: R.700/90

SÍNTESE :

1. Uma funcionária da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, com a categoria de primeira oficial, queixou-se ao Provedor de Justiça por não ser seleccionada para os actos de sorteio e tarefas complementares da Lotaria Nacional, e como tal não poder auferir a remuneração complementar atribuída pelo nº 1 do artigo único do Decreto-Lei nº265/87, de 30 de Junho. Alegou ainda que pessoal com menor antiguidade que a sua, e até pessoal não vinculado, teria sido designado para intervir naqueles actos.

2. Estudado o caso, depois de ouvida a Misericórdia, apurou-se o seguinte:

- a) A prestação de serviços nos actos dos sorteios da Lotaria Nacional e respectivas tarefas complementares consta do Regulamento aprovado pela Mesa para a gerência da Lotaria em sessões de 14 de Maio de 1980 e 2 de Março de 1983, com

as alterações introduzidas na sessão de 16 de Maio de 1989.

- b) Nos termos do nº 1 do artigo 2º deste Regulamento, "todos os trabalhadores que prestem serviço efectivo na Lotaria Nacional, independentemente do vínculo que detêm, poderão intervir nos actos de sorteio a que se refere o presente regulamento, de harmonia com as necessidades de serviço, desde que tenham completado pelo menos noventa dias de exercício no cargo com boas informações e para tal sejam designados pelo Director".

- c) De acordo com os esclarecimentos prestados pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, a intervenção dos trabalhadores naqueles actos é feita de acordo com as necessidades do serviço e obedece a uma escala elaborada segundo a antiguidade no exercício de funções na Lotaria Nacional.

- d) Ainda de acordo com os mesmos esclarecimentos, à reclamante ser-lhe-ia dada igualmente oportunidade de participação em tais actos "desde que tenha boas informações de serviço, quando, de acordo com as necessidades de serviço chegar a sua vez na escala de antiguidade no exercício de funções na Lotaria Nacional".

3. O citado Regulamento, ainda que garanta a intervenção nos actos dos sorteios a todos os trabalhadores a prestar serviço efectivo na Lotaria Nacional, desde que

pelo menos nesta tenham exercido funções durante 90 dias e tenham boas classificações de serviço, revelou-se, contudo, omissivo quanto ao modo e tempo em que deve preconizar-se essa intervenção, limitando-se a referir que é feito de acordo com as necessidades de serviço.

Isto significa que a afectação dos trabalhadores àqueles actos de sorteio se insere nos poderes gestionários do respectivo Director.

3.1. Assim, na falta de qualquer outro critério regulamentar, pareceu aceitável e razoável, desde que sejam observados os requisitos exigidos pelo artigo 2º do Regulamento acima transcrito, o critério adoptado, assente na antiguidade no desempenho de funções na Lotaria Nacional, por corresponder à experiência num trabalho com aspectos específicos.

4. Improcedia, assim, a queixa da reclamante.

5. Todavia, porque o artigo 2º do Regulamento, na redacção dada em sessão da Mesa de 16/05/89, não corresponde com precisão ao sistema que a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa afinal vem aplicando - ou seja, o da antiguidade na Lotaria Nacional, salvo eventual decisão contrária da Direcção em função da má classificação de serviço - fez-se significar àquele organismo a necessidade de ajustar a norma citada a tal sistema, tido por adequado, de modo a que ficasse expresso que:

a) O critério de base é o da antiguidade na Lotaria Nacional.

b) A eventual derrogação a esse princípio terá de

decorrer da decisão do Director, assente nas informações de serviço relativas ao trabalhador.

6. Não cabendo qualquer outra intervenção sobre o caso, foi arquivado o respectivo processo.

ÍNDICE

1. Relatório à Assembleia da República
2. Despachos do Provedor de Justiça
3. Intervenções Públicas do Provedor de
Justiça
4. Sumários de alguns casos