

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



A ACÇÃO DE CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ACTO DEVIDO

CONHECIMENTO E PROVA DOS PRESSUPOSTOS DE FACTO DO ACTO

ANA CARLA TELES DUARTE PALMA

DISSERTAÇÃO

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM DIREITO ADMINISTRATIVO

JUNHO DE 2015

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



A ACÇÃO DE CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ACTO DEVIDO

CONHECIMENTO E PROVA DOS PRESSUPOSTOS DE FACTO DO ACTO

ANA CARLA TELES DUARTE PALMA

DISSERTAÇÃO

ORIENTAÇÃO DA PROFESSORA DOUTORA CARLA AMADO GOMES

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM DIREITO ADMINISTRATIVO

JUNHO DE 2015

RESUMO

A acção de condenação à prática de acto devido corresponde à concretização, com o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, do princípio da tutela jurisdicional efectiva previsto no art. 268º/4 da Constituição da República Portuguesa, assegurando aos particulares a obtenção de uma pronúncia condenatória na prática do acto administrativo que tenha sido recusado ou omitido.

Esta pronúncia sofre as limitações decorrentes do princípio da separação de poderes, entre o Administrativo e o Judicial, nos termos expressos no art. 71º/2 do Código de Processo, que determina que *quando a emissão do acto pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa (...) o tribunal não pode determinar o conteúdo do acto a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar (...) na emissão do acto devido.*

À limitação enunciada acresce outra, sem reflexo no texto do Código mas que se impõe por via do mesmo princípio, e que respeita aos poderes do tribunal no conhecimento e determinação dos pressupostos do acto devido, nos casos em que estes são questionados em juízo.

A determinação dos pressupostos de facto do acto devido pelo tribunal está limitada pela **natureza da actividade instrutória procedimental, pelo (in)cumprimento do ónus da prova no procedimento pelo interessado**, nos casos limitados em que este tem relevância e **pelo princípio da decisão prévia administrativa**, nos termos do qual é à Administração que compete o conhecimento e decisão das pretensões que lhe são dirigidas e cuja competência que lhe foi determinada pela lei.

Os limites enunciados não prejudicam a sindicabilidade, pelos tribunais, dos actos de recolha e valoração das provas pela Administração, que, nos casos em que configurem espaços de *margem de livre decisão* administrativa, são sindicáveis nos termos em que pode ser controlada a actividade autodeterminada da Administração, sem qualquer limitação quanto aos meios de prova.

Palavras-chave: acto devido; prova; pressupostos de facto, separação de poderes

ABSTRACT

The Administrative Courts Procedural Code (CPTA) introduced a new remedy, in order to guarantee effective judicial protection, provided for the article 268º/4 of the Portuguese Constitution, which ensures individuals to obtain a court decision condemning administrative authorities to practice an administrative act which has been refused or omitted by public administration – the *condemnation for the practice of the due administrative acts*.

This court decision suffers the limitations of the principle of separation of powers, between the Administration and the Judiciary, as expressed in article 71º/2 of the Administrative Courts Procedural Code (CPTA), which states that when the adoption of the intended act involves the formulation of administrative activity own valuations (...) the court cannot determine the content of the measure to practice, but shall state the issues to watch (...) on the due act.

To the stated limitation adds another without reflection on the text of the Law but that is imposed through the same principle, and regards to the power of the judge concerning the knowledge and evidence of the facts that supported the administrative actuation, when they are questioned in court.

The determination by the court of the factual assumptions of the act is limited by the nature of administrative activity on evidence collection, the (non) compliance of the burden of proof in the administrative procedure by the person concerned, in limited cases where this is relevant, and by the principle of prior administrative decision, under which the Administration shall be the first to decide the claims submitted by individuals under administrative law.

However, the administrative activity of collecting evidence is judicially controlled and reviewed in the same terms that courts can control the administrative discretionary power, using any kind of evidence.

Key words: evidence; separation of powers; factual assumptions; due administrative act

INTRODUÇÃO - A QUESTÃO

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) veio introduzir, ainda no âmbito do contencioso de actos administrativos, a acção administrativa de condenação à prática de acto devido.

A disciplina da acção encontra-se nos arts. 66º e ss. do Código e com ela visa-se assegurar a tutela dos casos em que, estando em causa uma conduta negativa (activa ou omissiva, como se explicitará adiante) por parte da Administração, se assegura ao particular a obtenção da conduta positiva pretendida, através de uma sentença condenatória (e não anulatória) na prática do acto administrativo recusado ou omitido.

Esta acção representou, e representa ainda, um passo importante na concretização do princípio da tutela jurisdicional efectiva, previsto no art. 268º/4 da Constituição da República Portuguesa (CRP) na medida em que, além do mais, veio antecipar a obtenção, na fase declarativa, de uma tutela que apenas era assegurada com a tutela executiva e aí com os limites decorrentes de ter subjacente uma pronúncia judicial anulatória. Mais. O legislador do CPTA foi ousado ao ponto de determinar, no art. 66º/2, que ainda que tenha sido praticado um acto expresso de indeferimento da pretensão do particular, *o objecto do processo não é o acto de indeferimento mas a pretensão do interessado*, demarcando-se assim dos meios e pronúncias anulatórias de actos administrativos.

A questão que se coloca e que se pretende estudar é a de saber se essa *demarcação* em relação às pretensões impugnatórias é real ou aparente e se a acção representa, designadamente ao nível dos poderes instrutórios (e inquisitórios) do juiz, uma cisão em relação ao modelo tradicional de forma a nela contemplar a possibilidade de o tribunal ter um acesso ilimitado aos factos pressupostos do acto devido, ainda que esse acesso represente a formulação de um juízo substitutivo daquele que foi formulado pela Administração ou que não o chegou a ser por ausência de instrução ou mesmo de alegação dos factos pelo particular.

Decorridos mais de dez anos sobre a implantação da reforma e com a revisão do CPTA em curso, a questão colocada mantém-se pertinente e não tem sido objecto de tratamento unânime, quer pela doutrina quer pela jurisprudência, como se

procurará explicitar. Tem-se assistido, por um lado, a situações em que, em nome da tutela jurisdicional efectiva, o tribunal procede à reapreciação da prova produzida perante a Administração, procedendo, para o efeito, à repetição de depoimentos de testemunhas, fazendo prevalecer o juízo jurisdicional sobre o juízo administrativo sobre a verificação dos factos ou permite que a prova seja originariamente produzida em juízo, em casos de inexistência de instrução procedimental ou em casos em que o interessado vem requerer, perante o tribunal, a produção de prova que não requereu no procedimento ou quanto a factos que não alegou. Por outro lado, são conhecidas decisões em que se entende que a avaliação dos factos configura um espaço autodeterminado da actividade administrativa e que o controlo dessa avaliação, pelo tribunal, é negativo, de revisão e não de reexame.

É esta a questão para cujo esclarecimento se pretende trazer um contributo.

Procurar-se-á, em termos de enquadramento, compreender o exercício da função administrativa no quadro das funções do Estado e caracterizar esse exercício, designadamente nos casos em que a actuação respectiva se reveste de espaços valorativos e autodeterminados. Tentar-se-á ainda analisar a actividade de recolha dos factos relevantes para a prática do acto pela Administração, no âmbito do procedimento administrativo, quanto à sua natureza e disciplina, bem como o dever de decisão da Administração e a sua função de aplicação originária da lei no caso concreto do procedimento administrativo. Proceder-se-á, depois, à determinação da relevância dessas questões nos limites dos poderes do juiz da acção quanto ao conhecimento dos factos pressupostos do acto devido.

Circunscrever-se-á o estudo às situações em que a acção tenha como pressuposto a apresentação, pelo particular à Administração, de um requerimento pretensivo, pois que situações existem em que a acção é admitida independentemente da apresentação de requerimento, como se verá mais adiante.

PARTE I

A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO QUADRO DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Tradicionalmente, as funções/poderes do Estado foram divididas em três – a *legislativa*, a *executiva* e a *judicial*.

Os Autores do liberalismo, na prossecução dos ideais de garantia da *liberdade*, *segurança* e *propriedade*, teorizaram os poderes do Estado e o princípio da legalidade enquanto forma de assegurar a mínima intervenção do Estado na sociedade – comunidade de homens livres – a quem se entrega o poder de fazer as leis¹.

MONTESQUIEU dividiu os poderes do Estado em três²: - o legislativo (confiado ao Parlamento), o executivo (confiado ao Monarca) e o de julgar (confiado aos Tribunais), em que os poderes legislativo e executivo cooperavam entre si, através das faculdades de *statuer* e de *empêcher* (através do direito de veto). Já ao poder judicial estava reservada a tarefa de *pronunciar as palavras da lei*³.

A relação entre os dois poderes – executivo e legislativo – não era, contudo, paritária, na medida em que ao executivo era permitido participar no legislativo, através do direito de veto e, em casos excepcionais de perigo contra a segurança do Estado, substituir-se-lhe, sendo que igual faculdade não era reconhecida ao poder legislativo, ao qual estava vedada qualquer possibilidade de participação na execução das leis, criando uma reserva de competência a favor do poder executivo⁴.

LOCKE ⁵veio afirmar a supremacia do poder legislativo como o único com legitimidade para legislar e a subordinação do poder executivo àquele, estabelecendo, contudo, limites e condições ao seu exercício, a saber:

¹ ROGÉRIO EHRARDT SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVII, 1981, pp. 169-171.

² PAULO OTERO, *LEGALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2003, p.48.

³ *Idem*;

⁴ *Idem*, p. 50.

⁵ *Idem*, p. 56.

a) Não pode converter-se em poder arbitrário e tirânico, estando obrigado a orientar-se pela busca do bem comum da sociedade;

b) Não pode afastar o estatuído em leis vigentes, devendo exercer-se dentro dos limites das leis estabelecidas;

c) Não pode privar os súbditos da respectiva propriedade sem o seu consentimento;

d) Não pode transferir ou alienar a competência própria para legislar;

Além dos condicionalismos enunciados, LOCKE legitima ainda a actuação executiva à margem da lei ou contra a lei, através da “Prerrogativa”, num reconhecimento da insuficiência da lei para tudo prever e na necessidade de favorecer o bem público, em casos em que a lei não o permite.

ROUSSEAU⁶ reconhece e concentra no poder legislativo a soberania do Estado – expressão da vontade geral apurada através de um critério de maioria – que, através da emanção de leis gerais e abstractas garante os valores da liberdade e da igualdade, retirando ao poder executivo qualquer autonomia decisória e subordinando-o ao poder legislativo. Reconhecendo, contudo, a impossibilidade de a lei tudo prever, admite que, estando em causa a salvação da pátria, possam concentrar-se os poderes no Governo.

Em suma, e sem necessidade de proceder a outros exemplos de teorização dos poderes do Estado por outros Autores do liberalismo, pode concluir-se que a divisão dos poderes do Estado teve origem na necessidade de os limitar, evitando o abuso de poder por via da sua concentração, designadamente entre o executivo e o legislativo, prevenindo que a lei fosse feita pelo seu aplicador.

Com a separação dos poderes do Estado pretendeu-se vincular a actividade administrativa à lei, fosse através de autovinculação, nos sistemas em que o Executivo participava na elaboração da lei, fosse através de heterovinculação, nos sistemas em que essa faculdade não era reconhecida ao Executivo⁷.

⁶ *Idem*, pp. 63-64.

⁷ *Idem*, p. 92.

O princípio da legalidade no período liberal era, sobretudo, um princípio de preferência de lei, com o alcance de que a actuação dos poderes públicos não podia contrariar a lei (parlamentar), operando a reserva de lei, na vertente de precedência de lei (exigência de que a actuação administrativa tenha fundamento numa norma jurídica), apenas quando estivessem em causa intromissões administrativas nos direitos fundamentais – liberdade e propriedade⁸.

Actualmente, a teorização das funções do Estado surge associada à prossecução dos fins do Estado-colectividade, que não se esgotam já na garantia dos valores da liberdade, segurança e propriedade do Estado Liberal, antes se alargam, no Estado Social, às garantias de bem-estar social, económico e cultural, de justiça, de desenvolvimento económico e social.⁹

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos¹⁰, após identificarem no Estado as funções *Constituinte* e de *Revisão Constitucional*, a primeira respeitante ao estabelecimento das normas essenciais que regem as principais estruturas do Estado e a segunda respeitante à sua revisão e adaptação ao *dever colectivo*, dividem as funções do Estado em funções primárias e secundárias, numa relação de subordinação das segundas às primeiras.

São, assim, para estes Autores, funções primárias do Estado, a função *Política* e a função *Legislativa* e funções secundárias, as funções *Jurisdicional* e *Administrativa*.

A funções primárias caracterizam-se pela «(...) realização das opções sobre a definição e prossecução dos interesses essenciais da colectividade;»¹¹ e distinguem-se, segundo os Autores citados, material e formalmente «pela vocação de incidência

⁸ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I, 3ª edição, reimpressão, p. 159-160.*

⁹ VIEIRA DE ANDRADE identifica ainda a figura do Estado Pós-Social ou Estado Garantidor, que regula, orienta e incentiva as actividades privadas, designadamente as que prosseguem interesses gerais ou colectivos. *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, 2011, p. 22.

¹⁰ *Op. cit.*, p.38.

¹¹ *Idem, ibidem.*

directa e imediata nas esferas jurídicas dos membros da colectividade e o carácter taxativo das formas de lei (...)»¹².

Já as funções secundárias são caracterizadas pela «(...) sua subordinação às funções primárias, que se traduz na não interferência na formulação das escolhas essenciais da colectividade política, na necessidade de que as suas decisões encontrem um fundamento em tais escolhas e de que não as contrariem, e ainda na necessidade de que essas decisões se reconduzam de forma valorativamente coerente ao conjunto sistemático formado pelas decisões constitucionais, políticas e legislativas vigentes.»¹³

A função *Administrativa* surge caracterizada por estes Autores, como aquela que «(...) compreende a actividade pública contínua tendente à satisfação das necessidades colectivas em cada momento seleccionadas, mediante prévia opção constitucional e legislativa, como desígnios da colectividade política – ou seja, os interesses públicos contingentes.»¹⁴

A propósito do surgimento de novas entidades administrativas com novos poderes e da ausência de uma separação orgânica rígida entre as entidades a quem está cometidos os poderes estaduais, alguma doutrina fala já de uma “*nova separação de poderes*”¹⁵.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) não contém, salvo no que respeita à função jurisdicional (art. 202º/2), uma delimitação e definição expressa das diferentes funções do Estado; o princípio da separação de poderes está consagrado no art. 2º, enquanto dimensão do princípio do Estado de Direito Democrático.

¹² *Idem*, p. 39.

¹³ *Idem, ibidem*.

¹⁴ *Idem*, p. 41.

¹⁵ Neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa*, O Direito, ano 144 (2012), III, p. 630.

A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A função administrativa do Estado, sem tomar posição a respeito da sua natureza - de poder com autonomia face ao poder executivo¹⁶ ou como função integrada na função executiva – está, nos termos da Constituição e da lei, sujeita ao princípio da legalidade (art. 266º/2 da CRP e art. 3º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹⁷).

O princípio da legalidade, expressão da vinculação da Administração à lei, assume duas dimensões – a **preferência de lei** e a **reserva de lei**. A preferência de lei exprime a ideia de que, em caso de conflito entre a actuação administrativa e a lei, prevalece a lei, estando a administração impedida de actuar em desconformidade com a lei – traduz a formulação negativa do princípio da legalidade. A reserva de lei traduz a exigência de a actuação administrativa ter como fundamento uma norma jurídica e reveste as formas de *precedência de lei* e *precedência de densificação normativa*¹⁸, consoante se verifique, respectivamente, a necessidade de a lei constituir o fundamento habilitador da actuação administrativa ou a necessidade de esse fundamento densificar os termos dessa actuação – traduz a formulação positiva do princípio da legalidade.

Como ficou referido acima, a repartição de poderes e o princípio da legalidade no Estado liberal caracterizou-se pela atribuição à lei parlamentar – expressão da vontade da sociedade – de um papel central no contexto do exercício dos poderes públicos.

O princípio da legalidade foi entendido pelos Autores do liberalismo enquanto princípio de preferência de lei, no sentido de não ser admitido que a actuação administrativa contrariasse a vontade popular expressa pela lei (parlamentar) e de reserva de lei na vertente de precedência de lei apenas nos casos em que estivessem em causa actuações administrativas agressivas da esfera individual dos cidadãos que afectassem os direitos fundamentais de então – a liberdade e a

¹⁶ No sentido de que a Administração Pública é um poder, distinto do poder executivo, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2ª edição, p. 22.

¹⁷ Aprovado pelo DL nº 4/2015 de 7.01.

¹⁸ MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO MATOS, op. cit., p. 160.

propriedade (dos seus bens e de si próprio). Fora do âmbito das enunciadas actuações agressivas, era permitido à Administração que actuasse sem fundamento na lei, desde que a não contrariasse.

O modelo do Estado Social, com a ampliação da intervenção do Estado, para além das típicas actuações agressivas num contexto de intervenção mínima que caracterizou o período liberal, manteve, quanto ao princípio da legalidade, o princípio da preferência de lei e o princípio da reserva de lei, na vertente de precedência de lei – parlamentar ou decreto-lei autorizado¹⁹ - agora em matérias não exclusivamente agressivas mas em matérias restritivas de direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga (arts. 18º/2 e 17º da CRP).

Mas mais.

Desde logo, o princípio da preferência de lei passou a respeitar a todo o *Bloco de Legalidade*, abarcando as normas e princípios Constitucionais²⁰, o direito comunitário, a lei no sentido formal do art. 112º/1da CRP, os regulamentos administrativos, os princípios gerais a que se encontra sujeita a actividade administrativa²¹.

O princípio da reserva de lei que, em sentido amplo traduz a ideia de que à administração só é permitido fazer o que a lei lhe permite – princípio da competência²² – passou a abranger todas as actuações da administração, quer a sua natureza seja agressiva ou constitutiva.

A respeito do âmbito da reserva de lei, em matéria de actuações prestacionais, a doutrina tem-se desenvolvido em três posições distintas, a saber:

¹⁹ *Idem*, p. 169.

²⁰ O art. 266º/2 da CRP determina a subordinação da Administração à lei e à Constituição.

²¹ Para FREITAS DO AMARAL, integram ainda o Bloco de Legalidade os actos administrativos constitutivos de direitos e os contratos, administrativos e de direito privado, celebrados pela Administração, *op. cit.*, p. 56.

²² *Idem*, p. 43.

- restrição da reserva de lei às actuações agressivas, sendo que, em matéria prestacional a administração pode actuar ao abrigo de normas constitucionais - reserva de norma constitucional²³.

- teoria da essencialidade, segundo a qual não está excluída a admissibilidade de actuações administrativas sem base legal, quando estejam em causa matérias não essenciais, sendo a essencialidade aquilo que, em cada sociedade e em cada momento político seja considerado fundamental para a colectividade²⁴;

- reserva total de lei, no sentido de que toda e qualquer actuação administrativa está sujeita à precedência de lei e reserva de densificação normativa. Esta tese, defendida entre nós pela maioria da doutrina²⁵ sustenta-se, essencialmente, nas circunstâncias de, mesmo na esfera de actuação prestacional da administração poderem surgir violações de direitos ou interesses legalmente protegidos de particulares; de a actuação prestacional ou constitutiva nem sempre se traduzir em iguais benefícios para todos, de a actuação prestacional implicar, por vezes, sacrifício de direitos ou interesses protegidos dos particulares e de estar subjacente a esse tipo de actuação administrativa a utilização de dinheiros públicos cobrados autoritariamente aos cidadãos²⁶.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos²⁷, apontam ainda, como defesa da tese enunciada em contraponto com as duas outras teses, que as normas constitucionais não se revestem, em geral, de densidade suficiente para servirem de habilitação directa da actuação administrativa, sendo que as normas constitucionais em matéria prestacional são normas de atribuições e não de competência; que ainda que se entenda que a reserva de lei é também reserva de decreto-lei, a *habilitação normativa democrático-representativa* não se verifica ao nível do decreto regulamentar e dos demais regulamentos, ao que acresce que a colegialidade

²³ É a posição defendida, entre nós, por Sérvulo Correia e Paulo Otero, *apud*, MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO MATOS, op. cit, p. 171.

²⁴ Posição defendida, entre nós, por Rogério Soares, Maria João Estorninho e Cabral de Moncada, *apud*, MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO MATOS, op. cit, p. 172.

²⁵ *apud*, MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO MATOS, op. cit, p. 172.

²⁶ FREITAS DO AMARAL, op. cit., pp. 68-69.

²⁷ MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO MATOS, op. cit., p. 173.

exigida pela CRP para a aprovação dos actos legislativos – como garantia de *racionalidade decisória* - não se exige para os demais actos normativos. A respeito da teoria da essencialidade, contrapõem os Autores citados que esta permite a existência de áreas de actividade administrativas que podem desenvolver-se à margem de qualquer habilitação legal.

De acordo com a teoria enunciada da *precedência total de lei*, toda a actuação²⁸ da administração deve ter a lei (acto legislativo, normas da União Europeia com valor legislativo ou normas constitucionais, no caso de se revestirem de aplicabilidade directa) como pressuposto e fundamento habilitador, a qual deve densificar, pelo menos, o fim da actuação em causa e a competência respectiva²⁹.

Quanto à reserva de lei na sua dimensão de *precedência de densificação normativa*, entendida como exigência de densificação, pela norma habilitante, dos pressupostos e meios de que deve revestir-se a actuação administrativa, tem-se entendido que o grau de densificação é variável e determinado por diversos factores.

Assim, Vieira de Andrade³⁰ considera que nas matérias de reserva legislativa parlamentar (onde se incluem as respeitantes aos direitos fundamentais e as matérias consideradas *fundamentais* para a sociedade) vigora uma exigência de *densidade legal acrescida*, excluindo a possibilidade de poderes discricionários.

Também Freitas do Amaral³¹, sufragando a posição enunciada, associa à necessidade de intensidade máxima de densificação normativa a reserva de competência legislativa da Assembleia da República (AR).

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos³² fazem depender a intensidade de densificação normativa de três conjuntos de factores, a saber:

²⁸ No sentido de que abrange áreas como o funcionamento interno da administração, a administração infra-estrutural, a criação de pessoas colectivas públicas, serviços públicos e órgãos administrativos, o procedimento administrativo e a actuação em estado de necessidade, MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, op. cit., pp. 174-175.

²⁹ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., p. 39. Este Autor atribui ao princípio da precedência de lei, que considera uma *reserva de função legislativa*, «(...) a tripla função de instrumento de orientação política, de garantia da racionalidade e de tutela de direitos de particulares.»

³⁰ Op. cit., p. 39.

³¹ Op. cit., p.60

- i) a incidência da actuação administrativa na esfera social, dando como exemplo uma maior intensidade de densificação quando se trate de agressão de direitos, liberdades e garantias e uma menor intensidade no caso da atribuição de subvenções;
- ii) a previsibilidade da actuação administrativa para os seus destinatários independentemente de previsão legal;
- iii) o grau de legitimidade democrática da administração normativamente habilitada.

Mário Aroso de Almeida³³, a propósito, designadamente da expansão do fenómeno da *regulação administrativa*, coloca a questão de saber qual a densidade exigível às normas em que deve fundar-se a actuação administrativa quando contendente com os direitos fundamentais dos particulares, «(...) na medida em que, nos tempos de globalização em que vivemos, se tem vindo a assistir a um fenómeno de progressiva erosão, que resulta da tendencial redução da densidade do conteúdo da regulação normativa dos poderes de autoridade que a lei formalmente confere à administração – com a concomitante atenuação da intensidade do controlo jurisdicional que pode ser exercido sobre os atos jurídicos em que se concretiza o exercício desses poderes, na medida em que, como é sabido, a maior ou menor intensidade do controlo jurisdicional depende da maior ou menor densidade da regulação normativa.».

Em suma, o princípio da legalidade é hoje um princípio da *juridicidade*, abrangente de todo o direito e não apenas da lei, sendo que o direito não se esgota já em regras jurídicas mas compõe-se também de normas principialistas³⁴ e de outras formas de vinculação administrativa (actos, contratos).

³² Op. cit., p. 177.

³³ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, 2012, p.p. 34-35.

³⁴ No sentido de que a legalidade administrativa evoluiu de uma legalidade assente em regras para uma legalidade baseada em princípios gerais, PAULO OTERO, op. cit., p. 168.

AS FORMAS DE EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA – A *Margem de Livre Decisão*

A intensidade da densificação normativa da actuação administrativa vai determinar a forma do seu exercício, que será predominantemente vinculado nos casos de intensidade máxima de densificação e de *livre decisão*³⁵ nos casos de intensidade mínima de densificação normativa.

Não obstante, importa salientar que a *margem de livre decisão* não configura um espaço à margem da lei; configura um espaço de *livre* actuação administrativa concedido pela lei e sujeito aos padrões de juridicidade do *bloco de legalidade*.

A *margem de livre decisão* administrativa encontra o seu fundamento em duas ordens de razões, a primeira, decorrente de «(...) uma limitação prática da função legislativa.»³⁶, decorrente das características de generalidade e abstracção que exige, em certas situações, a adaptação aos casos concretos e às mutações da realidade e, a segunda, do reconhecimento de alguma autonomia à administração na adaptação aos casos concretos, para melhor prosseguir o interesse público. Decorrente do princípio da separação de poderes, este fundamento da autonomia administrativa foi designado, por Vieira de Andrade, como uma *reserva administrativa dos casos concretos*³⁷.

«Se podem existir decisões administrativas totalmente pré-determinadas pelo legislador, o qual prescreve quer o momento da respectiva prolação, quer os respectivos conteúdo e efeitos (decisões estritamente vinculadas), o princípio da separação de poderes impede que *todas* as acções administrativas sejam *integralmente* pré-definidas ao nível legislativo. Quer dizer, a autonomia da função administrativa pressupõe que aos órgãos da Administração se viabilize a possibilidade de realização de juízos que, desenvolvidos embora no quadro do

³⁵ Utilizou-se a expressão *livre decisão* de forma a abarcar todas as formas de actuação administrativa não estritamente vinculada, independentemente da posição que se assuma quanto ao seu âmbito e natureza, no âmbito das diferentes teorias a respeito da dimensão e qualificação do conceito de discricionariedade.

³⁶ MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, op. cit., p. 184.

³⁷ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., p. 43.

direito, permitam a consideração do mérito e da oportunidade das medidas, sob a óptica da prossecução do interesse público.³⁸».

A existência de actividade administrativa autodeterminada configura, assim, uma das dimensões do princípio da separação de poderes.

O tema da *margem de livre decisão* administrativa tem sido tratado, pela doutrina, a propósito da figura da discricionariedade, embora não de forma uniforme.

Quanto ao seu âmbito, pode conhecer uma perspectiva *maximalista*, que alarga a figura da discricionariedade e o seu regime a figuras afins, uma perspectiva *minimalista*, que reduz a margem de livre decisão à figura da discricionariedade *stricto sensu* enquanto escolha de conteúdos alternativos, ou ainda uma perspectiva *intermédia*, segundo a qual a discricionariedade abrange a apreciação de ponderação de factos e interesses, a harmonização dos diversos interesses, públicos e privados, a escolha de conteúdos alternativos e juízo de prognose³⁹.

As correntes metodológicas *monistas* e *dualistas*, distinguem-se consoante a valoração dos conceitos indeterminados se associe à discricionariedade ou se distingam as duas figuras⁴⁰, independentemente da tomada de posição sobre as zonas de vinculação ou liberdade de apreciação no âmbito da valoração dos conceitos indeterminados⁴¹.

A distinção entre discricionariedade e valoração de conceitos indeterminados tem sido feita a partir das teorias do *complemento da previsão (aberta) da norma* e a da *ponderação dos interesses concorrentes*. Para a primeira teoria, a valoração de conceitos indeterminados surge, tendencialmente, na previsão da norma e a atribuição de poderes discricionários na estatuição. Tendencialmente, porque pode haver casos em que as formas de abertura normativa coexistam, sobretudo ao nível da estatuição, que pode conter faculdades discricionárias e valoração de conceitos tipológicos. Para a segunda teoria - da ponderação valorativa dos interesses

³⁸ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, op. cit., p. 608.

³⁹ BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lex, 1995, pp. 147-149.

⁴⁰ A propósito da distinção entre as duas figuras, cfr. MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, *Discricionariedade e Conceitos Imprecisos, ainda fará sentido a distinção?* Anotação ao Ac. do STA de 20.11.1997, CJA nº 10, pp. 26 e ss..

⁴¹ Dualismo metodológico mitigado, cfr. BERNARDO DINIZ DE AYALA, op. cit., p. 152.

concorrentes - apenas na discricionariedade, enquanto faculdade de escolha, se impõe à administração que proceda a uma ponderação dos interesses em presença de acordo com o princípio da proporcionalidade nas suas três vertentes, de necessidade, adequação e equilíbrio; na valoração de conceitos imprecisos tal ponderação não é imposta, pois que, sendo uma decisão isolada de prognose sobre um dos elementos da previsão da norma, limita-se a ajuizar em termos de adequação e não já de necessidade e equilíbrio.⁴²

Enunciadas sumariamente as principais controvérsias a respeito da temática da *margem de livre decisão administrativa*, prosseguiremos este estudo com uma síntese de algumas posições doutrinárias actuais sobre o âmbito e natureza da autodeterminação administrativa.

Tem sido entendido que as situações em que a lei confere à Administração liberdade para determinar o conteúdo da medida a tomar configuram a *discricionariedade de decisão*; aquelas em que a lei atribui à administração a possibilidade de escolher entre medidas alternativas determinadas na lei configuram a *discricionariedade de escolha*^{43 44}.

«A tradicional distinção entre discricionariedade na hipótese (“discricionariedade cognitiva”) e discricionariedade na estatuição (“discricionariedade volitiva”) apresenta-se agora artificial e ambígua. (...) Na verdade, a interpretação (e, por conseguinte, a tarefa destinada a dilucidar se é conferido ao órgão decisor o poder de efectuar ponderações de mérito e oportunidade) reporta-se à norma como um todo: na síntese de Castanheira Neves, “a haver vinculação ou discricionariedade [têm as mesmas que se referir] à aplicação da norma como um todo, na sua unitária correlatividade entre a hipótese e

⁴² *Idem*, p. 160-162.

⁴³ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, op. cit., p. 187, identificam na discricionariedade três tipos: i) a discricionariedade *de acção* - faculdade de escolha entre o agir e não agir; ii) a discricionariedade *de escolha* - faculdade de escolha entre duas ou mais possibilidades de acção predefinidas na lei e, iii) a discricionariedade *criativa* (expressão de Sérvulo Correia⁴³) – criação da actuação concreta dentro dos limites jurídicos aplicáveis.

⁴⁴ BERNARDO AYALA distingue a discricionariedade *de acção* da discricionariedade *de escolha*, incluindo na primeira, a discricionariedade *de pronúncia*, a discricionariedade *de decisão stricto sensu* e a discricionariedade *de intervenção material* e, na segunda, a discricionariedade *optativa* e a *criativa*, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lex, 1995, p. 135.

a estatuição, sem poder dizer-se que uma ou outra se localizam exclusivamente na aplicação de qualquer um destes elementos abstractos (não autónomos) da norma”. Assim, mais relevante que descortinar se o exercício de poderes discricionários respeita à avaliação da situação de facto ou à produção de determinados efeitos jurídicos apresenta-se determinar se a base que habilita a Administração a agir remete alguma dimensão decisória para juízos de valoração, próprios da função administrativa.» (sublinhado nosso)⁴⁵.

Freitas do Amaral, após ter distinguido, a propósito do tratamento da figura da discricionariedade, a discricionariedade imprópria (respeitante à liberdade probatória, discricionariedade técnica e justiça burocrática), veio abandonar a distinção, considerando que «(...) representam exemplos de verdadeira autonomia por parte da Administração.»⁴⁶. Também a propósito dos conceitos indeterminados veio admitir que alguns deles, aqueles «(...) cuja concretização apela para “preenchimentos valorativos” por parte do órgão administrativo aplicador do direito.»^{47 48}, configuram um espaço de discricionariedade administrativa. O Autor exclui os conceitos cuja concretização apenas envolve operações de interpretação e subsunção, os conceitos indeterminados que, pese embora a sua concretização faça apelo a “preenchimentos valorativos” por parte da administração, não exijam uma valoração pessoal mas uma valoração objectiva e as situações em que a norma remete para regras extra-jurídicas.

Vieira de Andrade, adoptando um conceito amplo de discricionariedade administrativa, no qual inclui as faculdades de acção, os espaços de apreciação na aplicação de conceitos indeterminados tipo e as prerrogativas de avaliação, excepção do âmbito da figura a concretização dos *conceitos classificatórios*, relativamente aos quais considera inexistir indeterminação normativa ou, existindo, é resolvida através da interpretação⁴⁹. Segundo o Autor, estão incluídos nesta categoria «(...) os conceitos (...) determináveis por remissão para juízos de

⁴⁵ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, op. cit., pp. 614-615.

⁴⁶ Op. cit., p. 92.

⁴⁷ Caso dos *conceitos discricionários* na classificação de Engisch e dos *conceitos-tipo* na terminologia de Rogério Soares, *apud*, DIOGO FREITAS DO AMARAL, op. cit., p. 126.

⁴⁸ *Conceitos tipológicos* de Schmidt, *apud*, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, op.cit., p. 192.

⁴⁹ Op. cit. p. 44.

*experiência comum (...) ou de uso de certo tempo e lugar, para valores ou institutos jurídicos (...), para conceitos de ciências exactas ou em relação aos quais se verifique um consenso científico(...).»*⁵⁰

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos⁵¹ distinguem, dentro da *margem de livre decisão*, a discricionariedade e a margem de livre apreciação.

Na discricionariedade, os Autores identificam as situações de liberdade de escolha entre várias alternativas de actuação legalmente admissíveis, através da utilização, na estatuição da norma jurídica, de expressões linguísticas de *significado permissivo*⁵².

Na margem de livre apreciação, incluem-se, segundo aqueles Autores, as situações em que a lei, em regra através da previsão da norma jurídica, atribui à administração liberdade para apreciar as situações de facto que hão-de integrar e constituir os pressupostos da decisão a tomar. Nesta vertente da margem de livre decisão, os Autores distinguem a *concretização dos conceitos indeterminados da liberdade avaliativa*.

A respeito da *concretização de conceitos indeterminados*, admitindo que não é toda a indeterminação que dá origem a margem de livre apreciação, os Autores apontam, como critérios delimitadores os fundamentos substanciais da margem de livre apreciação, a saber:

a) a razão subjacente à utilização da expressão normativa do conceito indeterminado – quando decorra dos limites impostos à função legislativa pela impossibilidade ou inconveniência da definição exaustiva antecipada dos pressupostos normativos do exercício da competência;

b) a formulação de raciocínio adequado à luz do princípio da separação de poderes – através da identificação de casos em que o controlo judicial usurpe a função administrativa;

c) a ponderação em concreto entre o princípio da separação de poderes e os direitos fundamentais lesados pela actuação administrativa – excluindo-se a margem

⁵⁰ *Idem, ibidem.*

⁵¹ Op. cit. pp. 183 e ss..

⁵² Op. cit. p. 187.

de livre apreciação sempre que se verifique prevalência dos direitos fundamentais lesados, face ao princípio da separação de poderes.

Quanto à *liberdade avaliativa*, segunda categoria de situações que integram, segundo os Autores, a margem de livre apreciação, esta traduz a avaliação de situações de facto nos casos em que esta não assente em pressupostos objectivos normativamente fixados e ocorre, designadamente, em situações em que o legislador cometeu à Administração a tarefa de avaliar alunos, funcionários, propostas, entre outros casos.

Os Autores excluem do âmbito da margem de livre apreciação a *liberdade probatória*, admitindo uma franja de liberdade de escolha nos casos em que «(...) haja uma superabundância de meios probatórios (...) e seja indiferente a produção de uns ou de outros (...)»⁵³ mas excluem qualquer margem de liberdade a propósito da valoração da prova, por se tratar, referem, de «(...) uma actividade típica da função jurisdicional(...)»⁵⁴.

Importa agora tomar posição a respeito da temática enunciada.

Considerando que as posições doutrinárias enunciadas, procedendo a um diferente enquadramento dogmático da figura, não excluem o controlo judicial da margem de livre de decisão administrativa, quer preconizem uma perspectiva maximalista, minimalista ou intermédia da discricionariedade (as excepções ao controlo judicial no âmbito das doutrinas dualistas, que consideravam que a concretização de conceitos indeterminados e algumas *figuras afins* da discricionariedade configuravam condutas vinculadas e, por isso, sujeitas a controlo judicial, foram reconhecidas, na maioria dos casos, não por razões de reconhecimento de reserva de autodeterminação administrativa mas por razões de impraticabilidade processual)^{55 56};

⁵³ Op. cit. p. 195.

⁵⁴ *Idem, ibidem*.

⁵⁵ Neste sentido, SCHMIDT – SALZER, *apud* AZEVEDO MOREIRA, *Conceitos Indeterminados e sua Sindicabilidade Contenciosa em Direito Administrativo*, 1985. Também MARIA LUÍSA DUARTE *apud* ANTÓNIO CADILHA, op. cit., p. 185.

⁵⁶ MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, *Aferição Judicial ab extra da Legalidade do Exercício Administrativo Discricionário – posição de princípio?* Anotação ao Acórdão do STA de 6.12.2006, CJA 66, pp. 34 e ss., reconhecendo embora fundamentos de

Considerando que em ambos os casos – discricionariedade e margem de livre apreciação – a atribuição dos espaços de autodeterminação administrativa resultam de uma posição assumida pelo legislador, decorrente da impossibilidade ou inconveniência da definição exaustiva antecipada dos pressupostos normativos do exercício da competência no caso concreto, no sentido de atribuir à função administrativa espaços de valoração com vista à melhor prossecução do interesse público;

Considerando, ainda e antecipando o que se tratará de seguida, que os limites da discricionariedade não se distinguem dos limites reconhecidos para a margem de livre apreciação;

Considerando, por fim, a formulação (feliz, a nosso ver) utilizada pelo CPTA a propósito, designadamente, das pronúncias condenatórias e substitutivas de actos administrativos nos casos em que esteja em causa o exercício de poderes não estritamente vinculados – *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa* (cfr. arts. 71º/2, 95º/3, 168º/2, 179º/1), a propósito da qual se afigura manifesto inexistir qualquer distinção, ao nível do controlo judicial, a respeito das duas figuras;

Entendemos, salvo o devido respeito pelas posições contrárias, que não se justifica a separação das figuras da discricionariedade e da margem de livre apreciação, devendo todos os espaços de actuação administrativa em que se verifique, quer ao nível da determinação da decisão, quer ao nível do preenchimento dos seus pressupostos, a *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa* ser objecto de igual tratamento, designadamente ao nível da análise do controlo judicial respectivo.

outra natureza – a Autora adopta uma visão alargada da discricionariedade, que abrange a concretização de certos conceitos indeterminados – acaba por referir, na anotação referenciada, a propósito da «vocalização ‘negativa’ do controlo jurisdicional» da discricionariedade, que «(...) parece traduzir bom sendo e equilíbrio em face da limitada preparação ‘técnica/administrativa’ que é possível aos tribunais.» (o sublinhado é nosso).

PARTE II

O CONTROLO JUDICIAL DAS VALORAÇÕES PRÓPRIAS DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA (EM GERAL)

O CPTA consagrou, no art. 3º/1, o princípio da separação de poderes – entre a administração e a jurisdição – ao estabelecer, a propósito dos poderes dos tribunais administrativos, que «No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela administração, das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação.»

Assim, a margem de livre decisão administrativa apenas é objecto de controlo judicial por via dos aspectos vinculados dessa actuação, os quais configuram os *limites* da actividade autodeterminada da Administração.

Ultrapassado que está o disposto no art. 19º da LOSTA, nos termos do qual o *exercício de poderes discricionários só podia ser atacado contenciosamente com fundamento em desvio de poder*, é hoje incontroverso, também em face da dimensão do próprio princípio da legalidade que, como se referiu já, abrange todo o *bloco de legalidade*, no qual estão incluídos os princípios gerais a que se encontra sujeita a actividade administrativa, que o exercício da actividade administrativa autodeterminada é controlado e controlável por via dos limites a que se encontra sujeita a *margem de livre decisão* administrativa.

Os limites da margem de livre decisão resultam, desde logo, da sujeição de toda a actividade administrativa ao *bloco de legalidade*, nos termos enunciados acima.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos⁵⁷, identificam quatro tipos de vinculações legais permanentes, entendidas como aquelas que resultam sempre da norma atributiva da margem de livre decisão, ou de norma com ela conexa: - o fim; - a vontade; - a competência; - a existência de margem de livre apreciação.

Às vinculações legais permanentes, acrescentam os Autores outra categoria de limites à actividade de autodeterminação administrativa – os limites imanentes,

⁵⁷ Op. cit, p. 202.

quais sejam os que resultam da subordinação da Administração aos princípios gerais da actividade administrativa (arts. 4º a 11º CPA e art. 266º/1 e 2 da CRP).

A autovinculação administrativa pode também configurar um limite à margem de livre decisão, suscitando-se, contudo, dúvidas a respeito da sua admissibilidade, na medida em que pode pôr em causa o princípio da preferência de lei, ao determinar a renúncia à resolução do caso concreto através de autodeterminação; pode pôr em causa o princípio da igualdade, ao estabelecer critérios gerais e abstractos para situações que a lei que a atribuiu pretendeu que fossem concreta e individualmente ponderados^{58 59 60}; pode ainda violar o disposto no art. 112º/6 da CRP, uma vez que poderá estar a admitir-se à Administração que, com eficácia externa, interprete, modifique, suspenda ou revogue preceitos legais⁶¹. Na expressão de Freitas do Amaral, «(...) nos casos em que exista, o poder discricionário só pode ser exercido dentro dos limites que a lei para ele estabelecer, ou dentro dos limites que a Administração se tenha validamente imposto a si mesma.»⁶² (o sublinhado é nosso).

Importa, ainda, fazer referência às situações em que a margem de livre decisão é reduzida a zero, seja por efeito da aplicação das vinculações legais e dos princípios gerais⁶³ ao caso concreto, seja por efeito de sobreposição de direito de

⁵⁸ *Idem*, p. 198.

⁵⁹ No sentido de que a actividade autovinculada apenas se apresenta ilegítima nos casos em que impede a formulação de um juízo de ponderação das circunstâncias do caso concreto, violando o princípio da imparcialidade, cfr. ANA RAQUEL MONIZ, op. cit., pp. 616-617.

⁶⁰ Em sentido oposto, cfr. ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, vol II, 2010, p. 208.

⁶¹ Cfr. BERNARDO AYALA, op.cit., p.175.

⁶² Op. cit. p.107.

⁶³ No sentido de que a redução da discricionariedade a zero por aplicação dos princípios gerais a que se encontra sujeita a actividade administrativa assume carácter excepcional, cfr. ANTÓNIO CADILHA, op. cit. p. 210. Este Autor sustenta que, uma vez que a *programação normativa dos princípios é negativa*, devendo o controlo judicial seguir também um método negativo, a violação dos referidos princípios apenas pode determinar a redução a zero e a condenação pelo tribunal, quando se verifique uma violação com *carácter ostensivo* por parte das restantes alternativas de solução.

grau superior⁶⁴ seja por efeito de sobreposição de direito de grau inferior⁶⁵. Nestes casos, a apreciação do caso concreto permite identificar apenas uma solução.

A ACÇÃO DE CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ACTO DEVIDO

BREVE SÍNTESE DO REGIME

A acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido surge no CPTA enquanto um meio processual destinado a assegurar a condenação da administração na prática de um acto administrativo que tenha sido ilegalmente recusado ou omitido.

Trata-se da concretização, ao nível do direito adjectivo, do comando constitucional, introduzido com a revisão constitucional de 1997, do art. 268º/4 da Constituição da República Portuguesa (CRP), o qual determina que *«É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.»* (o sublinhado é nosso).

Através do meio processual em análise o interessado pode obter a condenação da Administração na prática do acto legalmente devido, num prazo determinado pelo tribunal, sendo que, mesmo nos casos em que não se mostre possível a determinação, pela pronúncia condenatória, do conteúdo do acto devido, por não se tratar de acto de conteúdo estritamente vinculado, pode ser obtida a condenação na prática do acto, com explicitação, pelo Tribunal, das *vinculações a observar pela Administração na prática do acto* (art. 71º/2 do CPTA).

O CPTA veio assegurar, no plano declarativo, o que antes apenas era almejado no âmbito da execução de sentenças anulatórias de actos

⁶⁴ Cfr. ANTÓNIO CADILHA, op. cit., pp. 202-212. O Autor identifica nestes casos, o papel prevalente dos direitos fundamentais, dos princípios jurídico-constitucionais e do direito comunitário.

⁶⁵ *Idem*, pp. 213-216. O Autor identifica aqui as situações jurídicas derivadas de actos ou contratos anteriores, designadamente, concursos cuja lista vem a ser anulada com base em fundamentos que respeitam apenas ao primeiro classificado.

administrativos⁶⁶, acrescentando à tutela do particular a efectividade exigida pela CRP, mediante a condenação na prática de actos administrativos de conteúdo positivo, mesmos nos casos em que é pressuposto da acção um acto de conteúdo negativo, omissivo ou silente.

Nos termos do disposto no art. 66º/2 do CPTA, *o objecto do processo é a pretensão do interessado e não o acto de indeferimento*, ainda que seja pressuposto da acção a prática de um acto de indeferimento expresso da pretensão. Distingue-se, assim, das pretensões impugnatórias dedutíveis através da acção administrativa especial de impugnação de actos administrativos de conteúdo positivo ou ambivalente (arts. 50º e ss. do CPTA)⁶⁷.

São pressupostos da acção de condenação à prática de acto devido, nos termos do disposto no art. 67º/1 do CPTA,

- a) Que tenha sido apresentado requerimento que constitua o órgão competente no dever de decidir⁶⁸ e não tenha sido proferida decisão no prazo legalmente estabelecido;
- b) Que tenha sido recusada a prática do acto devido; ou
- c) Que tenha sido recusada a apreciação do requerimento dirigido à prática do acto.

⁶⁶ Cfr. PAULA BARBOSA, *A acção de condenação no acto administrativo legalmente devido*, Lisboa, aafdl, 2007, p. 35.

⁶⁷ Sem prejuízo da possibilidade de cumulação da impugnação de actos administrativos com o pedido de condenação à prática de acto devido nos termos previstos no art. 4º/2/c) do CPTA. A respeito da cumulação da impugnação de actos de conteúdo ambivalente, designadamente em matéria concursal, com o de condenação na prática de acto devido, cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, 2006, pp. 25-26. No sentido de que, nesta situação a cumulação é aparente «(...) pois que o demandante pretende obter ou salvaguardar através de cada um dos pedidos uma única e mesma utilidade económica.», Miguel TEIXEIRA DE SOUSA em “*Cumulação de pedidos e cumulação aparente no contencioso administrativo*”, *apud* PAULA BARBOSA, op. cit., p. 67, nota 68.

⁶⁸ Esta exigência encontra-se expressa no corpo do art. 67º/1 na redacção proposta pelo Projecto de Revisão do CPTA (Proposta de Lei nº 331/XII).

A alínea a) abarca as situações de conduta silente⁶⁹, a alínea b) as de recusa da pretensão através de uma apreciação de mérito e a alínea c) aquelas em que tenha havido recusa liminar de apreciação do requerimento⁷⁰.

Em todos os casos enunciados, é necessário que se verifique, por parte da Administração, dever legal de decidir, nos termos da enunciação do princípio da decisão previsto no art. 13º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e que tenha havido, por parte do interessado, impulso junto da Administração, dirigindo-lhe um *requerimento dirigido à prática do acto*.

Excepção à situação enunciada por último é aquela em que *o dever de praticar o acto resulte directamente da lei e esteja em causa a ofensa de direitos fundamentais, de um interesse público especialmente relevante ou de qualquer dos valores e bens referidos no nº 2 do art. 9º*, caso em que o Ministério Público pode intentar a competente acção de condenação à prática de acto devido, sem necessidade de apresentação de requerimento prévio dirigido à prática do acto^{71, 72}.

⁶⁹ No sentido de que não abrangerá as situações em que a conduta silente produz o efeito do deferimento tácito, pois que nesse caso, o interessado pode invocar, perante a Administração, a posição jurídica decorrente do efeito do silêncio, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2005, pp. 345-346. Entendimento contrário é preconizado por RITA CALÇADA PIRES, *O Pedido de Condenação à Prática de Acto Legalmente Devido, Desafiar a Modernização Administrativa?*, Almedina, 2006, reimpressão, pp. 75-78.

⁷⁰ O projecto de revisão do CPTA acrescenta ao elenco dos pressupostos da acção o caso em que *tenha sido praticado ato administrativo de conteúdo positivo que não satisfaça integralmente a pretensão do interessado (art. 67º/1/c)* – cfr. Proposta de Lei nº 331/XII. Este acto será, em princípio, eliminado da ordem jurídica por via da pronúncia condenatória, sem necessidade de anulação em pronúncia autónoma (art. 66º/2). A mesma disciplina resultará para as situações previstas no art. 70º/3, na redacção do projecto de revisão.

⁷¹ A proposta de revisão do CPTA, no art. 67º/4, veio alargar o âmbito da acção de condenação à prática de acto devido às situações em que, embora não tenha sido apresentado requerimento:

a) *Não tenha sido cumprido o dever de emitir um ato administrativo que resultava directamente da lei;*

b) *Se pretenda obter a substituição de um ato administrativo de conteúdo positivo.* Cfr. Proposta de Lei nº331/XII, Projecto de Revisão do Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

A situação prevista na alínea b) era já identificada na anotação ao art. 67º do CPTA por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, op. cit. pp. 449-450.

Os prazos de interposição da acção, a respeito dos quais rege o art. 69º do CPTA, aproximam-se dos prazos de impugnação previstos no art. 58º/2 do CPTA, para os actos anuláveis, sendo de três meses no caso de a acção ter como pressuposto acto expresso (de indeferimento) e de um ano, no caso de conduta silente, contado do termo do prazo legal para a prolação de decisão (prazo fixado no art. 28º da LPTA para o recurso contencioso de anulação de actos de indeferimento tácito).

A respeito do prazo, importa ainda referir, quanto aos actos nulos, que a interposição da acção não está, actualmente⁷³, sujeita a prazo (art. 58º/1 do CPTA e art. 162º/2 do CPA) e, quanto aos casos em que tenha havido impugnação administrativa do acto de indeferimento cuja prática serve de pressuposto à acção, é de aplicar, por força do disposto no art. 69º/3 do CPTA, a disciplina do art. 59º/4, nos termos do qual a interposição de impugnação administrativa (facultativa ou necessária), suspende o prazo de impugnação e, no caso, de interposição da acção de condenação à prática de acto devido.

No art. 70º enunciam-se os casos de alteração objectiva da instância, designadamente nos casos em que na pendência do processo tenha sido praticado um acto de indeferimento (caso em que assiste ao interessado a faculdade de alegar novos fundamentos e oferecer novos meios de prova) ou no caso de ter sido praticado um acto, de conteúdo positivo ou não estritamente negativo, que não satisfaça integralmente a pretensão do interessado. Neste último caso, tem o interessado a faculdade de vir cumular o pedido inicial com um pedido de anulação ou declaração de nulidade ou inexistência⁷⁴. Trata-se da ampliação da instância a um pedido impugnatório, pois que este acto, não tendo conteúdo estritamente

⁷² VIEIRA DE ANDRADE sustenta que, nos casos em que se afigura possível o recurso à acção para a condenação na prática de actos administrativos cujo dever resulte directamente da lei, deve exigir-se a concretização do dever e a verificação de um «atraso manifesto e desrazoável no cumprimento da lei». *A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA, LIÇÕES*, 13ª edição, Almedina, 2014.

⁷³ O Projecto de Revisão do CPTA prevê para os actos nulos, um prazo de 2 (dois) anos para a propositura da acção de condenação (art. 69º/3).

⁷⁴ No Projecto de Revisão do CPTA passou a referir-se, no art. 70º/3, que «o autor pode promover a alteração do objecto do processo que para o efeito de pedir a anulação parcial do novo acto ou a condenação da entidade demandada à prática do acto necessário à satisfação integral da sua pretensão».

negativo e não constituindo o pressuposto da acção, não é eliminado da ordem jurídica por via da pronúncia condenatória, nos termos previstos no art. 66º/2⁷⁵.

Nos termos do disposto no art. 71º do CPTA, a pronúncia típica deste meio processual é a imposição da prática do acto devido e representa um compromisso entre o princípio da tutela jurisdicional efectiva (art. 268º/4 da CRP) e o princípio da separação de poderes, especialmente consagrado no CPTA, no art. 3º/1.

A pronúncia condenatória na emissão de acto administrativo devido explicitará o conteúdo do acto nos casos em que este é vinculado e as vinculações a observar, nos casos em que a prática do acto envolva a *formulação de valorações próprias da função administrativa* e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução (art. 71º/2 do CPTA)⁷⁶.

Nas situações em que o acto a praticar tenha conteúdo vinculado e os pressupostos de facto tenham sido apurados pela Administração em sede instrutória (inexistindo controvérsia a respeito dos factos), constando do processo administrativo (de remessa obrigatória, nos termos do disposto no art. 84º do CPTA) todos os elementos necessários à prolação da decisão, o tribunal apreciará a pretensão do interessado, julgando da verificação desses pressupostos e do mérito da pretensão subjacente.

Se, pelo contrário, o acto envolver a *formulação de valorações próprias da função administrativa* e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução (nos casos acima enunciados tipicamente designados por *redução da discricionariedade a zero*), o tribunal julgará a respeito da verificação dos aludidos pressupostos, de acordo com os elementos disponíveis, e explicitará as vinculações a observar na prática do acto devido, sendo o caso.

⁷⁵ Como referido supra, a redacção proposta no projecto de revisão do CPTA, isenta, nestes casos, o Autor de requerer a anulação ou declaração de nulidade ou inexistência do acto de conteúdo positivo entretanto praticado, decorrendo da disciplina do art. 70º/3 e 66º/1/c) e 4/b) que aquele será eliminado da ordem jurídica com a pronúncia condenatória na prática de outro acto em sua substituição.

⁷⁶ No Projecto de Revisão do CPTA é a seguinte a redacção do art. 71º/2: «quando tenha sido pedida a condenação à prática de um ato com um conteúdo determinado, mas se verifique que, embora seja devida a prática de um acto administrativo, não é possível determinar o seu conteúdo, o tribunal não absolve do pedido, mas condena a entidade demandada à emissão do acto em questão, de acordo com os parâmetros estabelecidos no número anterior.»(o sublinhado é nosso).

Pode ainda ser emitida uma sentença que apenas condene a Entidade Demandada a apreciar o requerimento dirigido à prática do acto, sem explicitação de outras vinculações⁷⁷, ou a, simplesmente, praticar o acto⁷⁸. Esta última hipótese abrangerá os casos em que apenas exista vinculação a respeito da oportunidade da prática do acto ou em que os autos não contenham elementos de facto (seja por ausência de instrução administrativa, seja por impossibilidade de indagação dos factos, pelo tribunal, nos casos em que essa indagação lhe esteja vedada, como se procurará analisar adiante).

O controlo judicial, no caso de pronúncias respeitantes a actos que envolvam a *formulação de valorações próprias da função administrativa*, quer as formulações em causa respeitem à estatuição ou à densificação da previsão normativa realiza-se ainda de forma negativa, quanto ao espaço valorativo da administração, cabendo apenas ao tribunal, neste tipo de pronúncias, explicitar os limites a que está sujeita essa valoração^{79, 80}.

É, aliás, a solução imposta pelo princípio da separação de poderes e pelo reconhecimento de que «(...) subjacente à margem de livre apreciação está um juízo

⁷⁷ No sentido de que em caso de indeferimento liminar, apenas cabe ao tribunal condenar na apreciação do requerimento e nada mais, RITA CALÇADA PIRES, op. cit., p. 99.

⁷⁸ PAULA BARBOSA, distinguindo três tipos de pronúncias condenatórias – sentença de condenação a agir, sentença-marco e sentença condenatória plena - refere que, no primeiro caso, o qual abarca situações de inércia ou indeferimento liminar «(...) o Tribunal acabará por avaliar da legalidade da inércia ou omissão/ou recusa e, se for o caso, condenar a administração a agir, a praticar o acto devido, sem determinação, no entanto, do tipo de acto concreto em causa.» (sublinhado nosso).

⁷⁹ Cfr., a propósito, MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, *Aferição Judicial ab extra da legalidade....*, op.cit., pp. 45-46.

⁸⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA identifica situações em que, pese embora estejamos perante o exercício de poderes discricionários, a pronúncia judicial pode ter um alcance positivo: «(...) quando as circunstâncias concretas em presença permitam afirmar que houve uma redução da discricionariedade a zero, “ou porque a escolha já foi realizada, ou porque a avaliação subjectiva já teve lugar no decurso da fase instrutória do procedimento administrativo, ou ainda porque a concreta circunstância do caso elimina a possibilidade de escolha” Quando seja este o caso, verificando-se que, nas concretas circunstâncias do caso, mais não resta à Administração do que emitir um acto com um determinado conteúdo, o tribunal deve condená-la à emissão de tal acto.», *Sobre as acções de condenação à prática de actos administrativos, Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-Graduação sobre o contencioso administrativo*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2ª edição, 2011.

do legislador, segundo o qual o interesse público será melhor prosseguido se a última palavra decisória no caso concreto pertencer à administração (e não aos tribunais).»⁸¹

A DETERMINAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE FACTO DO ACTO DEVIDO /PODERES DO TRIBUNAL

O CPTA veio eliminar do contencioso administrativo as limitações em matéria de produção de prova que vigoraram no âmbito da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos (LPTA – DL nº 267/85 de 16.07) para o recurso contencioso de anulação de actos da administração directa ou indirecta do Estado (no recurso contencioso de actos da Administração Local eram admitidos, nos termos dos arts. 845º e 847º do Código Administrativo, quaisquer meios de prova) nos quais vigorava a proibição de produção de prova testemunhal (art. 12º da LPTA). Com o CPTA foi eliminada essa proibição e, a par da consagração de um modelo de contencioso de plena jurisdição, passaram a ser admitidos, para prova dos factos controvertidos, quaisquer meios de prova (art. 90º/1 e 2 do CPTA).

Com a abertura do contencioso administrativo às regras respeitantes à produção de prova previstas no Código de Processo Civil e aos novos meios processuais introduzidos pelo CPTA, designadamente a acção de condenação à prática de acto devido, de que nos temos vindo a ocupar, colocam-se questões ao nível dos poderes instrutórios e inquisitórios do juiz deste tipo de acção, as quais procuraremos analisar de seguida.

A questão que se coloca é a de saber quais os limites do julgador a respeito da indagação dos pressupostos de facto do acto objecto da acção, quer nos casos em que o conteúdo do acto seja vinculado quer nos casos em que este não possa ser determinado e ao tribunal apenas caiba a explicitação das vinculações a observar.

Não está em causa o acesso à prova, já que são ilimitados os meios de que o tribunal se pode socorrer, como se viu, mas o acesso aos factos sobre os quais ela pode recair, não perdendo de vista que se trata de uma acção administrativa

⁸¹ A expressão é de MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO MATOS, op. cit. p. 185.

especial, cujo modelo de tramitação prevê a junção aos autos do processo administrativo instrutor.

Pode suceder, e sucede muitas vezes, que os autos não se mostrem dotados dos elementos necessários à verificação, pelo juiz, dos pressupostos de facto necessários à prática do acto devido, seja por ter inexistido instrução por parte da administração, no âmbito do procedimento administrativo (casos em que a acção tenha por pressuposto a conduta silente ou a recusa de apreciação do requerimento), seja por a instrução levada a efeito se mostrar insuficiente, seja ainda por os factos apurados pela administração na instrução serem questionados pelo interessado.

As situações enunciadas não se confundem com aquelas em que está em causa a densificação, pela administração, dos pressupostos da prática do acto, no âmbito da margem de livre decisão ao nível da densificação da previsão normativa.

As situações enunciadas respeitam, não à densificação dos pressupostos de facto, no âmbito da aludida *concretização de conceitos indeterminados* para efeitos de complemento da previsão normativa aberta (caso em que está em causa a formulação de *valorações próprias do exercício da função administrativa*), mas à indagação dos factos que pressupõem a decisão, através dos correspondentes meios de prova, pelo juiz da acção de condenação na prática de acto devido, mesmo em casos em que inexista margem de livre decisão ao nível da previsão normativa.

Alguma doutrina tem distinguido os poderes de averiguação dos factos pelo juiz, na acção de condenação na prática de acto devido, consoante esteja em causa a prática de um acto de conteúdo estritamente vinculado ou a prolação de uma *sentença-quadro* (em que o tribunal se limita a explicitar as vinculações a observar na prática do acto), sustentando que, no primeiro caso, é lícito ao juiz proceder às averiguações de facto necessárias à determinação dos factos que servirão de pressuposto à pronúncia condenatória, admitindo, no entanto que, por razões de eficácia ou funcionalidade, em razão da qualidade e quantidade dos trâmites procedimentais a levar a efeito, essa averiguação seja devolvida à Administração, através de uma decisão condenatória a tramitar ou instruir a pretensão do interessado, com explicitação (ou não?) dos parâmetros a observar.

Esta posição é defendida por António Cadilha⁸², que, para o caso de estar em causa a prolação de uma *sentença-quadro*, com explicitação de vinculações a observar, por a prática do acto implicar a *formulação de valorações próprias da função administrativa*, sustenta que está vedada ao juiz a averiguação material dirigida ao apuramento dos factos (no caso de essa averiguação se apresentar necessária, em face dos elementos dos autos), referindo o Autor que «Existe uma intrínseca e inseparável ligação entre a tarefa de recolha e selecção de informações e elementos de decisão e a tarefa de apreciação da relevância dos factores seleccionados e de adopção, com base neles, dos referidos juízos de valor e raciocínios de prognose. A sede própria para ambas as tarefas é o procedimento administrativo.»⁸³.

No direito alemão, parte da doutrina e jurisprudência⁸⁴, defende que, mesmo em casos de condenação na prática de acto de conteúdo estritamente vinculado, a realização das diligências necessárias à prolação da decisão judicial deverá sempre ser remetida à Administração, por via do princípio da separação de poderes, que reserva à Administração a tarefa de *aplicação originária* da lei, competindo aos tribunais o controlo *a posteriori* da actuação administrativa.

É também conhecida doutrina, entre nós defendida por Carlos Fernandes Cadilha, que, sustentando amplos poderes instrutórios ao juiz da acção de condenação na prática de acto devido, reconhecendo-lhe poderes de averiguação dos factos através dos meios de prova que lhe sejam apresentados com vista à demonstração de erro nos pressupostos de facto em que assentou a decisão administrativa, mesmo que esteja em causa a condenação na prática de acto que envolva a *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa*, veda esses poderes instrutórios nos casos em que (estando em causa a *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa*) a Administração se

⁸² Op. cit..

⁸³ *Idem*, pp. 222-223.

⁸⁴ *Apud* ANTÓNIO CADILHA, op. cit. p. 192.

tenha limitado a omitir ou recusar a prática do acto por razões formais e o procedimento se encontre insuficientemente instruído.⁸⁵

As posições enunciadas, que procedem à distinção dos poderes de averiguação de facto do juiz em função do conteúdo, vinculado ou valorativo, do acto a praticar ou da existência ou inexistência de actividade administrativa instrutória não se afiguram, a nosso ver, satisfatórias.

Desde logo, a relação estabelecida entre o conteúdo da condenação e os poderes de instrução nem sempre se verifica; apenas no caso de as valorações próprias do exercício da função administrativa se verificarem ao nível da densificação da previsão normativa (aberta), que pode coexistir com a valoração das alternativas decisórias, ao nível da estatuição, se compreende a limitação dos poderes do juiz na averiguação de facto, pois nesse caso, as tarefas de recolha e apreciação de informação e valoração respectiva são indissociáveis. Não obstante, em casos em que a formulação do juízo valorativo se situe apenas na estatuição, consubstanciando uma tarefa de escolha entre alternativas decisórias, não se vislumbra em que medida e com que fundamento, de acordo com as doutrinas enunciadas (que acabam por reconhecer ao juiz amplos poderes instrutórios no caso da prática de actos de conteúdo vinculado), estejam limitados os poderes instrutórios do juiz da acção de condenação.

A limitação dos poderes instrutórios do juiz da acção de condenação à prática de acto devido existem mas decorrem, a nosso ver, de outras ordens de razões, a saber:

- Da natureza dos actos de instrução procedimental;
- Do ónus da prova no procedimento administrativo;
- Do princípio da decisão administrativa prévia.

⁸⁵ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *A Prova em Contencioso Administrativo*, Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 14.11.2007, Cadernos de Justiça Administrativa nº 69;

Da natureza dos actos de instrução procedimental

A limitação por via da natureza da instrução procedimental assenta no pressuposto de que nem sempre a actividade administrativa de instrução do procedimento – que compreende a direcção da instrução, a determinação dos actos e diligências a levar a efeito, a valoração dos meios de prova - se apresenta como uma actividade vinculada e objectiva, na qual predominam juízos subsuntivos ou interpretativos.

Remetendo para tudo o que se referiu a respeito da natureza e caracterização da margem de livre decisão administrativa, procuraremos demonstrar que, afinal, a instrução do procedimento e, dentro dela, a *liberdade probatória*, pode configurar um espaço de margem de livre decisão e de formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa.

A instrução constitui a fase do procedimento administrativo que antecede a tomada de decisão e que se caracteriza pela realização das diligências necessárias ao apuramento dos factos e à sua subsunção na norma que legitima e prevê a actuação administrativa decisória (ou normativa, no caso de estar em causa a emissão de normas).

Desde logo, por se integrar no âmbito do exercício da função administrativa, a instrução procedimental não se confunde com a instrução jurisdicional e é dominada pelo princípio do inquisitório, sem dependência dos factos que tenham sido alegados pelos interessados (art. 58º do CPA), sem prejuízo da relevância das regras estabelecidas no Código quanto ao ónus da prova e ao seu incumprimento pelos interessados.

Do princípio do inquisitório e do dever de celeridade, este previsto no art. 59º do CPA nos termos do qual *o responsável pela direcção do procedimento deve providenciar por um andamento rápido e eficaz, quer recusando e evitando tudo o que for impertinente e dilatatório, quer ordenando e promovendo tudo o que seja necessário a um seguimento diligente* (sublinhado nosso), decorre a existência de um espaço de autodeterminação administrativa, designadamente no que respeita à

direcção da instrução, traduzida na determinação e escolha das concretas diligências a levar a efeito, da ordenação da sua sequência no procedimento⁸⁶.

A actividade instrutória da Administração no âmbito do procedimento administrativo configura, assim, uma actividade complexa que abarca a determinação das diligências de prova relevantes, de entre todas aquelas permitidas em direito que repute adequadas, a sequência da sua produção, a formulação de um juízo a propósito de cada um dos meios de prova produzidos (que, na maioria dos casos se caracteriza pela liberdade de apreciação⁸⁷), a audiência dos interessados e, por fim, a prolação de uma decisão sobre os factos provados e não provados e a sua subsunção no direito aplicável (cfr. art. 126º do CPA).

Esta decisão ou juízo sobre a prova produzida encerra todas as vertentes da actividade instrutória, a qual envolve espaços de actividade administrativa estritamente vinculados e espaços de autodeterminação, quais sejam, designadamente os respeitantes à direcção da instrução e à formulação de juízos valorativos a respeito de determinados meios de prova.

A actividade administrativa de instrução do procedimento traduz a função cometida à Administração de averiguação da matéria de facto concretamente relevante para a tomada de cada decisão reclamada pela prossecução dos interesses que por lei lhe estão confiados. Configura, assim, uma vertente própria da actividade administrativa enquanto exercício de um dos poderes do Estado e contempla espaços de *livre decisão*.

A existência de espaços de autodeterminação na actividade administrativa instrutória verifica-se mesmo nos casos em que o acto visado seja totalmente vinculado.

«A propriedade que permite isolar a discricionariedade instrutória como uma espécie dentro de um género conduz ainda a uma constatação que mostra como se trata de uma discricionariedade com um relativo grau de autonomia relativamente à

⁸⁶ A respeito do ***poder de disposição ou ordenação oficiosa da sequência procedimental***, cfr. *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, 2ª edição, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, J. PACHECO AMORIM, p.416.

⁸⁷ A respeito da liberdade de apreciação de provas no procedimento administrativo, *idem*, p. 421.

discricionariedade da norma ou decisão final: é que, em rigor, mesmo que a decisão conclusiva seja totalmente vinculada quanto ao seu conteúdo, no procedimento que a antecede há sempre discricionariedade instrutória, dado que, quanto mais não seja, há sempre várias alternativas para a aquisição de factos e a feitura de prova relativas aos seus pressupostos. A adopção de uma solução final totalmente prevista, implica sempre, assim sendo, a margem de autonomia que se reporta ao apuramento da verificação real da previsão da norma que estabelece essa solução: se a decisão a produzir é vinculada quanto ao conteúdo, isso decorre necessariamente de haver uma norma de conduta que faz depender uma acção da verificação de certos pressupostos, estando no seu apuramento, nos factos em si, ou na sua comprovação, e nas alternativas que aí se podem conceber, a discricionariedade instrutória correlativa. A discricionariedade instrutória é ainda, assim, independente da própria existência de discricionariedade conclusiva.⁸⁸».

A autodeterminação administrativa ao nível dos actos de direcção da instrução e de determinação e escolha das diligências com vista ao apuramento dos factos não tem sido, tanto quanto se conhece, objecto de grandes controvérsias; essa margem de livre decisão decorre, de forma relativamente clara, da norma do art. 115º/1 do CPA, que atribui competência ao responsável pela direcção do procedimento para *averiguar todos os factos cujo conhecimento seja adequado e necessário à tomada da decisão (...) podendo, para o efeito, recorrer a todos os meios de prova admitidos em direito*.

A controvérsia, com relevância para a questão que se pretende analisar, situa-se, sobretudo, ao nível do reconhecimento desses espaços de autodeterminação na valoração da prova recolhida no procedimento, actividade que

⁸⁸ DAVID DUARTE, *A NORMA DE LEGALIDADE PROCEDIMENTAL ADMINISTRATIVA, A TEORIA DA NORMA E A CRIAÇÃO DE NORMAS DE DECISÃO NA DISCRICIONARIEDADE INSTRUTÓRIA*, Almedina, 2006, p. 547. Este autor distingue a discricionariedade instrutória *primária* da *secundária*, sendo a primeira a que «se reporta à configuração genérica de qual a estratégia para a preparação da norma ou decisão final, bem como a correlativa à escolha de quais diligências devem ser utilizadas, a discricionariedade instrutória secundária é a que ocorre quando, adoptada uma determinada acção instrutória, é necessário configurar o seu conteúdo e estabelecer a forma como se realiza, ou seja, em que tempo, condições ou termos.», pp. 548-549.

alguma doutrina reputa como típica da actividade jurisdiccional⁸⁹ e parece dissociar da restante actividade instrutória levada a efeito no procedimento.

O juízo valorativo sobre a prova produzida no procedimento, para além de envolver um juízo sobre a globalidade da prova produzida, que pode implicar juízos comparativos entre o conteúdo obtido a partir diferentes meios de prova utilizados, pode compreender a formulação de valorações não meramente interpretativas ou subsuntivas.

Vejamos, agora, sob que quadro normativo se desenvolve esse juízo sobre as provas produzidas no procedimento administrativo.

Vigora no procedimento administrativo o princípio da *livre apreciação da prova*. Este princípio sofre as naturais limitações decorrentes da disciplina prevista no Código Civil (CC) a respeito da prova e força probatória dos meios respectivos. Resulta das disposições do CC que, para além dos casos em que a lei atribui força probatória plena à confissão e à prova por documentos (arts. 358º/1, 371º/1, 376º/1, 377º), a prova é sujeita a um juízo de livre apreciação pelo julgador. É o caso da prova pericial (art. 389º), da prova por inspecção (art. 391º), da prova testemunhal (art. 396º) e de alguns casos de prova por confissão (arts. 358º/4 e 361º) e por documentos (arts. 371º/1 parte final, 375º/3, 376º/3).

Em matéria de princípios que regem a produção da prova, nem todos os princípios estruturantes que vigoram no processo civil têm expressão no procedimento administrativo, o qual, em razão dos fins prosseguidos e da sua integração na função administrativa do Estado, se destaca do processo judicial.

Na verdade, a prova no Processo Civil desenvolve-se sob a égide dos Princípios do Inquisitório, Imediação, Publicidade, Continuidade, Plenitude, Documentação e Efectividade⁹⁰ (arts. 411º, 604º/3, 606º/1, 605º, 155º e 419º, respectivamente). Estes princípios determinam que na instrução devem ser averiguados todos os factos, de que seja lícito ao juiz conhecer e sejam necessários à descoberta da verdade, que os meios de prova devem ser directamente apresentados perante o tribunal, que, com excepção dos casos em que a lei o limite

⁸⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/SALGADO MATOS, op. cit., p. 495.

⁹⁰ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, 2ª edição, 1997, pp. 334-336.

de forma expressa, a produção de prova deve ser feita em audiência pública e contínua, que apenas podem intervir na decisão sobre a verificação dos factos aqueles que tenham assistido a todos os actos de instrução, que toda a prova produzida deve ser objecto de registo e que com vista a garantir a efectividade da produção da prova, esta possa ser produzida de forma antecipada, em caso de impossibilidade ou dificuldade da sua produção no momento previsto processualmente.

Do confronto destes princípios com a disciplina que rege a instrução procedimental, qual seja a prevista nos arts. 115º e ss. do Código do Procedimento Administrativo (CPA), resulta que esta se inicia com a consagração do Princípio do Inquisitório, no nº 1 do art. 115º em que se determina que *o responsável pela direcção do procedimento deve procurar averiguar todos os factos cujo conhecimento seja adequado e necessário à tomada de uma decisão legal e justa dentro de prazo razoável, podendo, para o efeito, recorrer a todos os meios de prova admitidos em direito*. Os princípios da Documentação e da Efectividade encontram expressão nos arts. 118º e 120º e o Princípio da Plenitude na circunstância de o responsável pela instrução ser o órgão competente para a decisão final, embora com faculdade de delegação da competência, quer da direcção do procedimento quer da realização de diligências de prova – arts. 55º, 115º e 126º, todos do CPA.

Do cotejo das normas que regem a apreciação da prova com os princípios que regem a sua produção, não pode senão concluir-se que a valoração da prova produzida não representa, em regra, uma actividade isolada e dissociada, por um lado, da valoração de cada um dos meios de prova produzidos e, por outro, da determinação dos meios e diligências escolhidos (nos casos em que essa opção tenha tido lugar).

Situações existem em que a actividade valorativa da prova pode representar uma actividade vinculada.

Será, em princípio, o caso da prova produzida através de documentos, a qual, em regra e mesmo nos casos de livre apreciação (arts. 371º/1, 375º/3, 376º/3 do CC), se bastará com juízos objectivos de interpretação e subsunção do seu

conteúdo nos factos a provar, de acordo com as regras respeitantes à força probatória destes meios de prova⁹¹.

Já a respeito dos restantes meios de prova (pericial, testemunhal, por inspecção), relativamente aos quais a lei civil não atribui força probatória plena, importará verificar se a apreciação desses meios de prova implica a formulação de valorações que não sejam eminentemente objectivas,⁹² caso em que estará vedada ao juiz a faculdade de proceder à valoração respectiva.⁹³

À posição agora assumida não está subjacente qualquer argumento de *impreparação* do tribunal para a valoração de certos meios de prova, designadamente aqueles que respeitam a matérias de natureza técnica; está subjacente, apenas, a existência ou inexistência de valorações que não sejam

⁹¹ Referiu-se, no Acórdão do TCA Sul de 6.12.2012 (Proc. 3713/08) que «(...) o nº 1 do art. 71º do CPTA, atribui ao tribunal o poder de se pronunciar sobre a pretensão material do interessado, impondo a prática do acto devido, pelo que terá o tribunal que atender, na decisão a tomar, aos documentos juntos pelas partes à acção, comprovativos dos factos alegados, nos termos dos arts. 467º, nº 2 e 523º, nº 1 do CPC, aplicável por força do art. 1º do CPTA.».

⁹² Como referiu JOÃO PACHECO DE AMORIM, A SUBSTITUIÇÃO JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO NA PRÁTICA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEVIDOS, Reforma do Contencioso Administrativo, o Debate Universitário, vol. I, 2010, p. 482 «...não pode deixar ainda de ser considerada a possibilidade de o juiz administrativo fazer uso dos seus poderes instrutórios para proceder às diligências probatórias e em geral à verificação de factos que porventura requeira ainda a prática do acto recusado ou omitido (e portanto também a sentença que em hipótese o possa substituir) – desde que tais diligências, ainda que impliquem uma remissão para normas técnicas ou científicas, claro está, sempre no domínio das chamadas ciências exactas), **não acabem por extravasar o âmbito de uma avaliação objectiva**». (o sublinhado é nosso).

⁹³ Referiu-se, a propósito, no Acórdão proferido pelo TCA Sul a 20.12.2012 (Proc. 6944/10) que «No processo disciplinar vigora a regra da livre apreciação da prova pelo julgador administrativo. Também aqui valem os limites gerais do poder discricionário da Adm. Ora, da matéria fáctica apurada neste processo, designadamente quanto à valoração das provas testemunhais produzidas no p.d. quanto à conversa e à relação do A. com os dois turistas, não descortinamos qualquer erro notório ou manifesto da Adm. quanto a não haver dúvida insanável na valoração das provas recolhidas (ou violação do princípios da proporcionalidade e da justiça – vd. assim D. Freitas do Amaral, *Curso...*, II, 2011, pp. 92-95). (...)» (o sublinhado é nosso); no mesmo sentido, cfr. Acórdão TCA Sul de 24.05.2007 (Proc. nº 6477/02) .

objectivas e envolvam, por isso, a formulação de juízos que o legislador reservou à Administração e ao âmbito do procedimento administrativo.

Não concordamos, por essa razão, com a posição defendida por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos⁹⁴ segundo a qual a valoração da prova não representa um espaço de autodeterminação administrativa por se tratar de «uma actividade típica da função jurisdicional» e não existir «(...) qualquer inaptidão funcional por parte dos tribunais no controlo do juízo feito pela administração acerca dos meios probatórios utilizados no decurso do procedimento administrativo (...)»⁹⁵; os juízes estão naturalmente habilitados para a apreciação dos meios de prova legalmente admissíveis, não obstante, não é essa a questão que se coloca; a questão que se coloca é a de saber se os juízes estão legitimados a proceder à valoração (que não seja objectiva) dos meios de prova produzidos ou a produzir no âmbito do procedimento administrativo; a título de exemplo, se estão legitimados (e com que fundamento) a fazer prevalecer o seu juízo de apreciação de um determinado meio de prova sobre o juízo feito, pela Administração, sobre o mesmo meio de prova, no procedimento administrativo, com vista ao apuramento dos factos que pressupõem a prática do acto objecto dos autos (no caso, claro está, de a valoração do meio de prova não ser objectiva)⁹⁶.

Na verdade a actividade de apreciação das provas no âmbito procedimental não representa, em abstracto, o exercício de uma actividade típica da função administrativa, cometida à Administração para a prossecução do interesse público de forma exclusiva. Todavia, no âmbito de um concreto procedimento administrativo, a actividade de apreciação das provas, enquanto actividade global que envolve a

⁹⁴ Op. cit. p. 195.

⁹⁵ Esta posição parece assentar nas doutrinas dualistas que, excluindo da margem de livre decisão as figuras *afins* da discricionariedade (concretização de conceitos indeterminados, discricionariedade técnica, justiça burocrática), admitiam, contudo, que o controlo judicial fosse reduzido em razão da inaptidão técnica e funcional dos tribunais.

⁹⁶ Tome-se, como exemplo, um depoimento prestado, no procedimento, num determinado sentido, que vem a ser prestado, perante o tribunal, num sentido oposto – qual a razão legitimadora de fazer prevalecer a convicção formada pelo juiz sobre a convicção formada pela Administração? Outro exemplo ilustrativo é o caso da apreciação dos depoimentos reduzidos a escrito que constem do processo instrutor: por que razão deve prevalecer o juízo do tribunal, que não assistiu aos depoimentos?

escolha dos meios de prova, o contacto directo com todas as provas produzidas e a formulação de um juízo sobre a verificação dos factos pressupostos do acto, o qual, nos casos em que o instrutor seja confrontado com meios probatórios cuja apreciação seja livre, ultrapassará a mera interpretação e subsunção e convocará valorações pessoais da entidade administrativa, de acordo com a finalidade da actuação em causa e dos princípios, gerais e especiais, a que aquela esteja sujeita, não pode deixar de se configurar com uma actividade administrativa autodeterminada, que o legislador especialmente cometeu à Administração no âmbito do procedimento administrativo e no contexto da realização do direito no caso concreto.

Não obstante, o reconhecimento da existência de um juízo valorativo sobre as provas produzidas no procedimento administrativo não afasta o controlo dessa actividade pelos tribunais e, designadamente pelo juiz da acção de condenação à prática de acto devido⁹⁷.

Todavia, o controlo judicial desse juízo probatório, nos casos em que é valorativo e não objectivo, é um controlo negativo, respeitante aos limites a que se encontra sujeita essa valoração (que são os limites, já enunciados, a que se encontra sujeita, em geral, a *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa*)^{98, 99}.

⁹⁷ Cfr. Acórdãos do TCA Sul citados (de 20.12.2012 e 24.05.2007), no último dos quais se referiu, designadamente que «(...) não existe uma valoração pré-estabelecida dos meios de prova recolhidos em sede do processo disciplinar, valendo aqui, à semelhança do que acontece com a valoração de prova em Processo Penal, os mesmos princípios, ou seja, aqueles são apreciados de acordo com a experiência comum do instrutor do processo, cedendo apenas perante casos em que seja manifesta a existência de erro grosseiro na apreciação da prova recolhida – por exemplo, toda a prova recolhida exclui ter sido o arguido a cometer a infracção e, ainda assim, é deduzida acusação contra aquele – o que não é, de todo, o caso dos autos.».

⁹⁸ No sentido de que a Administração não beneficia de uma *prerrogativa procedimental* que impeça o tribunal de a condenar a praticar um acto quando não tenha havido instrução do procedimento, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre as acções de condenação à prática de actos administrativos*, op. cit. pp. 114-115. Mais refere este autor, a propósito do acesso aos factos através da prova produzida no processo jurisdicional que «(...) apenas poderão constituir obstáculo legal a essa possibilidade, porque, nesse caso, o acesso à prova estará excepcionalmente limitado, as situações em que, nos termos da lei, a verificação do preenchimento de

Em suma, ao tribunal está vedada a valoração da prova, **produzida ou a produzir** perante a Administração, nos casos em que essa valoração envolva a *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa*, mas não lhe está vedado o controlo dessa actividade de valoração da prova, pela administração, o qual ocorrerá, sem limitações quanto aos meios de prova, nos termos em que se controla o exercício da actividade administrativa autodeterminada ou de *livre decisão*.

Do ónus da prova no procedimento administrativo

Nos termos do disposto no art. 342º do CC, *àquele que alega um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado e a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*.

No contencioso administrativo vigora em geral, a regra de distribuição do ónus da prova enunciada, com as especificidades resultantes dos meios processuais em causa e do tipo de pretensão em litígio^{100, 101}.

algum dos pressupostos do acto seja competência exclusiva, no âmbito da instrução do procedimento, de um organismo especializado da Administração Pública, em termos que permitam afirmar que a lei pretende conferir um monopólio a tal organismo no exercício de uma função verificativa de carácter técnico, a que nem através do recurso a peritos o tribunal se pode substituir.».

⁹⁹ No sentido de que «(...) na fixação dos factos que funcionam como pressupostos da verificação/preenchimento dos ilícitos disciplinares e do sancionamento com as respectivas penas a Administração não detém um poder insindicação em sede contenciosa, já que não nos situamos no domínio da “*discricionariedade administrativa*”, pelo que nada obsta a que o julgador administrativo sobreponha o seu juízo de avaliação face àquele que foi adoptado pela Administração, mormente por reputar existir uma situação de ilegalidade objectiva material relativa aos pressupostos de facto, ou seja, por insuficiência probatória e erro na valoração e fixação do quadro factual tido por apurado em sede de processo disciplinar.» (sublinhado nosso), CARLOS CARVALHO, *O juiz administrativo e o controlo jurisdicional da prova procedimental do processo disciplinar CJA*, 101, p. 26.

¹⁰⁰ A propósito da repartição do ónus da prova nas acções administrativas especiais, refere VIEIRA DE ANDRADE que «(...) é de admitir a construção de tipologias de casos em que o legislador ou, na falta de lei, o juiz possam estabelecer regras específicas de ónus da prova, tendo em conta os interesses e valores em jogo e as consequências da decisão – poderão distinguir-se, por exemplo, as situações em que estejam em causa direitos fundamentais (o ónus da prova da legalidade da sua compressão tenderá a recair sobre a Administração); poderá dar-se relevo ao facto de os actos serem favoráveis ou desfavoráveis e de serem actos positivos ou

Já no Procedimento administrativo, pese embora se determine, no art. 116º/1 e 3 do CPA, que *cabe aos interessados provar os factos que tenham alegado e podem juntar documentos e pareceres ou requerer diligências úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão*, apenas em situações restritas é o interessado a suportar os riscos decorrentes da falta de prova dos factos que servem de pressuposto à sua pretensão. A amplitude do princípio do inquisitório e da oficialidade impõe à Administração o dever de *procurar averiguar todos os factos cujo conhecimento seja adequado e necessário à tomada de uma decisão*, para o que pode recorrer a *todos os meios de prova* disponíveis e *admitidos em direito*, sendo, pois, reduzidas as situações em que se verifica um efeito

negativos (quando o interesse do particular é puramente pretensivo, deve o particular suportar o risco da falta de prova dos requisitos de concessão do benefício; em contrapartida, a Administração há-de provar cabalmente os requisitos legais de comandos, proibições ou ablações, de se tratar de actos sancionatórios (deve ter-se em conta o princípio *in dubio pro reo*), de estarem em causa actos precedidos, ou não, de procedimentos participados (embora, tendo em conta os direitos de informação procedimental, não haja razão para considerar o particular desonerado, em geral, da alegação dos factos que sustentam a sua pretensão e, consequentemente, seguro contra o risco da respectiva falta).», *A Justiça Administrativa*, op. cit., p.450.

¹⁰¹ AROSO DE ALMEIDA E CADILHA sustentam, em anotação ao art. 90º do CPTA que «(...) sempre que estejam em causa os actos de conteúdo positivo em que a Administração impõe comandos, proibições ou ablações, compete à entidade administrativa provar a existência dos pressupostos legais da sua actuação e, contrariamente, quando tenham sido praticados actos de conteúdo negativo, pelos quais a Administração nega um interesse pretensivo do administrado, cabe já a este demonstrar, em sede jurisdicional, que preenche os requisitos legais da autorização ou benefício que pretende obter. (...). (...) estando em causa a omissão do dever de decisão ou o indeferimento expresso de uma pretensão dirigida pelo particular à Administração, visando a obtenção na sua esfera jurídica de um benefício ou de uma vantagem, cabe ao interessado alegar e demonstrar que preenche os requisitos legais de que depende o efeito jurídico que pretende obter. Aqui se incluem os actos produzidos no âmbito de procedimentos de interesse particular que nascem do requerimento do particular, e os actos praticados no âmbito de procedimentos mistos, que sendo da iniciativa da Administração pressupõem a participação de particulares no seu próprio interesse (...).». A propósito da impugnação de actos praticados no uso de poderes discricionários sustentam que «(...) Neste domínio, parece de admitir que ao impugnante deva caber a prova de que a Administração actuou contra os princípios jurídicos a que devia obediência ou que fez “mau uso” dos seus poderes discricionários, ao passo que a Administração deve suportar o ónus da prova da validade da sua actuação quando a decisão seja aparentemente desrazoável ou violadora dos princípios da imparcialidade, da igualdade, da justiça e da proporcionalidade.(...)», *COMENTÁRIO...*, op. cit., pp. 606, 607.

desfavorável para o particular em consequência do incumprimento do ónus de provar que se verificam os pressupostos de facto da sua pretensão.

Não obstante, situações existem em que o incumprimento do ónus da prova que recai sobre o interessado no procedimento tem reflexos, quer ao nível do procedimento, quer ao nível da delimitação dos poderes de acesso aos factos pelo juiz da acção de condenação, como se procurará demonstrar mais adiante.

Desde logo, a lei prevê situações em que a Administração determina ao interessado a prestação de informações, a apresentação de coisas ou documentos, a sujeição a inspecções e a colaboração noutros meios de prova (art. 117º/1 do CPA). Nestes casos, o incumprimento do determinado em matéria de prova *não dispensa o órgão administrativo de averiguar os factos ou de proferir decisão*, contudo, essa conduta *é livremente apreciada para efeitos de prova*, nos casos em que se trate de factos não determinantes para a decisão ou não respeitantes ao requerente¹⁰². Quando se trate de elementos necessários à apreciação do pedido formulado, *não deve ser dado seguimento ao procedimento* (art. 119º)¹⁰³, o qual poderá ser extinto, por deserção, nos termos do disposto no art. 132º.

Assim, nos casos em que, no procedimento, o *défice instrutório* seja consequência do incumprimento, pelo interessado, do ónus de provar os factos pressupostos do acto devido, nos casos enunciados acima, em que esse incumprimento gera, para o interessado, a falta de prova dos factos ou a falta de seguimento do procedimento, está vedada ao juiz da acção de condenação à prática do acto, a averiguação desses factos através de requerimentos probatórios apresentados pelo Autor em juízo.

Do princípio da decisão prévia

¹⁰² Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, op. cit., p. 430.

¹⁰³ MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO MATOS referem que «(...) a ausência de prova de um facto só acarreta uma decisão desfavorável para quem o alegou quando seja impossível ou desproporcionadamente difícil para a administração pública efectuar as diligências necessárias para averiguar os factos em causa.». *DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL, TOMO III*, p. 133.

O *princípio da decisão prévia* administrativa ou da competência da Administração para a aplicação *originária* da lei¹⁰⁴ significa que o controlo judicial dessa actuação funciona sempre *a posteriori*. Este princípio, que caracterizou o modelo de contencioso administrativo anterior ao CPTA, não foi por este posto em causa, como se procurará demonstrar¹⁰⁵.

Decorre da enunciação dos pressupostos da acção de condenação à prática de acto devido, de que nos ocupamos, a necessidade de a Administração ter sido *provocada* a decidir a pretensão que lhe foi dirigida (ressalvada a excepção ao impulso do interessado no caso previsto no art. 68º/1/c) do CPTA, já identificada acima) e de, na sequência dessa *provocação*, ter violado o dever de decisão ou de decisão em conformidade com as vinculações legais.

A circunstância de a acção poder ser utilizada em casos em que a decisão foi omitida ou recusada a sua apreciação não abala este princípio¹⁰⁶, na medida em que a acção continua a ter como pressuposto a apresentação, pelo interessado à Administração, de uma pretensão dirigida à prática de um acto administrativo, a qual vai delimitar o objecto da acção e o âmbito da pronúncia respectiva, que, por via daquele princípio, não pode ultrapassar os contornos pretensivos que lhe servem de pressuposto. Também nos casos em que a acção não tenha como pressuposto um

¹⁰⁴ SÉRVULO CORREIA identifica este princípio como «(...) o pressuposto processual da observância da reserva de competência dispositiva da Administração, concretizado na demonstração de haver o particular proporcionado previamente à Administração a oportunidade de decidir sobre a sua pretensão. (...)». O *incumprimento do dever de decidir*, CJA 54, pp. 9-10.

¹⁰⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA admite que «... o entendimento subjacente ao CPTA é o de que quando, em determinada matéria, o quadro normativo aplicável reserva para a Administração o poder de introduzir a definição jurídica primária através da prática de um acto administrativo, a Administração beneficia de uma *reserva de princípio* quanto ao poder de definir o Direito nessa matéria. Por isso, o interessado que, por hipótese, tenha direito à emissão do acto em causa — no exemplo, a licença de construção — deve começar por requerer à Administração a respectiva emissão. E, em princípio, mesmo que a Administração não emita o acto devido, o interessado não pode, sem mais, pedir ao tribunal que se substitua à Administração na emissão desse acto. Mas já lhe pode pedir que imponha à Administração o dever de praticar o acto, em toda a extensão em que as vinculações normativas permitam tal imposição (cfr. artigo 71º do CPTA). Pois emitir uma tal pronúncia é aplicar a lei e o Direito. Emitindo essa pronúncia, o tribunal está, por isso, a proporcionar ao interessado a adequada tutela judicial no plano declarativo. (...)». *Sobre as acções de condenação à prática de actos administrativos*, op. cit. pp.107-108.

¹⁰⁶ Em sentido oposto, cfr. ANTÓNIO CADILHA, op. cit., p. 193.

requerimento pretensivo – casos em que o dever de actuação decorra directamente da lei – está subjacente a violação de um poder/dever de decisão sobre uma situação jurídica individual e concreta.

Da vigência do aludido princípio resulta que, ainda que, nos termos do disposto no art. 66º/2 do CPTA *o objecto do processo seja a pretensão do interessado e não o acto de indeferimento*, subjacente à pronúncia condenatória estará sempre um *juízo de censura*¹⁰⁷ a respeito da actuação ou omissão administrativa que serve de pressuposto à acção. Tanto assim, que é pressuposto da acção que esta tenha sido chamada a proferir uma decisão – através de requerimento do interessado ou na sequência de dever que oficiosamente lhe tenha sido cometido - e não tenha cumprido o dever de a decidir (seja através de uma omissão ou de uma actuação não conforme com o bloco de legalidade aplicável). Só com a observância deste pressuposto se assegura a função originária da Administração no que respeita à aplicação da lei administrativa ao caso concreto e, nessa decorrência, a observância do princípio da separação entre os poderes *administrativo e judicial*.

Até aqui não se levantam grandes problemas, pois que a própria lei processual, ao exigir, como pressuposto da utilização da acção a provocação de uma decisão e o incumprimento do dever respectivo, confirma o entendimento segundo o qual é à Administração, e não aos Tribunais, que compete a aplicação primária do direito administrativo no caso concreto.

Todavia, a realidade reclama que seja determinada a dimensão deste princípio e a sua relevância na determinação dos poderes instrutórios e inquisitórios do juiz da acção de condenação à prática do acto devido. Exemplos de situações que impõem a determinação da dimensão do referido princípio são aquelas em que *i)* o interessado vem apresentar a juízo uma versão dos factos, nos quais sustenta a pretensão condenatória, não correspondente com aquela que apresentou junto da Administração ou *ii)* em que o interessado não cumpriu, no âmbito do procedimento, o ónus de instrução e prova e pretende supri-lo no âmbito da acção de condenação. Nesses casos, está, em nosso entender, vedado ao tribunal proceder a qualquer

¹⁰⁷ No sentido de que a apreciação da validade do acto de recusa está implícita na condenação a praticar o acto, cfr. PAULA BARBOSA, op. cit., pp. 60, 61,84.

indagação sobre os factos, ainda que a averiguação suponha juízos de natureza objectiva.

Na verdade, o aludido princípio da decisão impõe que à Administração seja dada a possibilidade de praticar o acto administrativo cuja condenação vem peticionada na acção, sendo que essa possibilidade apenas se mostrará verificada nos casos em que se verificou interpelação para decidir (por impulso do interessado ou por força da lei) e em que lhe foi facultada a averiguação dos factos relevantes, designadamente através da sua enunciação pelo interessado, nos termos do disposto no art. 102º/1/c) do CPA.

A dimensão do princípio da decisão administrativa prévia há-de ser, assim, determinada, por via da dimensão do dever de decisão.

No art. 13º do CPA vem consagrado o ***princípio da decisão***, o qual abrange o dever de pronúncia ou resposta e o dever de decidir. Do disposto no nº 2, a *contrario*, pode extrair-se que o dever de decisão tem por objecto um **pedido**, um **sujeito** e os **fundamentos** do pedido.

Assim, o *princípio da decisão prévia* tem a dimensão de assegurar que à Administração tenha sido facultada a possibilidade de proferir uma decisão primária sobre um determinado pedido, formulado por um determinado sujeito, com determinados fundamentos, de facto e de direito.

Pese embora não vigore no procedimento administrativo o princípio do dispositivo, segundo o qual apenas podem ser conhecidos os factos essenciais que tenham sido alegados pelas partes (art. 5º do CPC) e o instrutor do procedimento esteja legitimado, por via do inquisitório e da oficiosidade a averiguar e conhecer de todos os factos relevantes para a decisão, ainda que não tenham sido objecto de alegação (art. 115º/1 do CPA), esse conhecimento está vedado ao juiz da acção de condenação nos casos em que os factos em causa não tenham sido alegados perante a Administração (no caso de o pressuposto ser um requerimento pretensivo) por via do *princípio da decisão prévia* em análise.

O *princípio da decisão prévia* supõe que os tribunais apenas possam intervir, substituindo-se à administração, nos casos em que, além do mais, esta teve

oportunidade de exercer a sua função de aplicação primária do direito no caso concreto e não o fez ou, tendo-o feito, o fez de forma imperfeita.

Está sempre pressuposto, na acção de condenação à prática de acto devido, o **incumprimento do dever de decisão**, o qual se encontra agora expressamente previsto no art. 129º do CPA nos termos seguintes: *Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 13.º e no artigo seguinte, a falta, no prazo legal, de decisão final sobre pretensão dirigida a órgão administrativo competente constitui incumprimento do dever de decisão, conferindo ao interessado a possibilidade de utilizar os meios de tutela administrativa e jurisdicional adequados.*

Nos casos em que a pretensão trazida a juízo assenta numa versão dos factos não correspondente com aquela que a Administração foi *provocada* a decidir, configura já outra pretensão, com diferentes fundamentos (ainda que apenas de facto).

Inexistindo coincidência (ainda que apenas quanto aos fundamentos de facto) entre a pretensão sobre a qual a Administração foi chamada a proferir uma decisão e aquela que, em juízo, visa sustentar a pretensão condenatória, não pode concluir-se que tenha sido violado, pela Administração demandada, o dever de decisão, pois que, quanto a essa concreta pretensão (com os contornos de facto apresentados em juízo), a Administração não chegou a ser chamada a pronunciar-se, sendo que, se o tivesse sido, poderia ter proferido decisão diferente¹⁰⁸.

Está assim, também, vedada ao juiz da acção de condenação à prática de acto devido, a indagação material, ainda que esta se revista de valorações objectivas, quanto a factos que, sendo pressupostos do acto administrativo, não tenham sido alegados, pelo interessado, perante a Administração, com o requerimento no qual lhe dirigiu a pretensão.

¹⁰⁸ Na certeza de que a apresentação do mesmo pedido com diferentes fundamentos gera, nos termos do art. 13º/2 do CPA, dever de decisão, ainda que o mesmo pedido tenha sido objecto de decisão há menos de dois anos.

Síntese

Procurar-se-á agora ilustrar com exemplos práticos as situações em que as limitações enunciadas ao conhecimento dos factos pelo juiz da acção de condenação podem verificar-se:

Hipótese 1:

Numa primeira hipótese estamos perante uma acção que tem como pressuposto, em regra, um acto expresso de indeferimento da pretensão (ou *recusa* nas palavras da lei) precedido de actos de instrução procedimental e o Autor – na acção de condenação à prática de acto devido – vem questionar o juízo da Administração a respeito da verificação dos pressupostos de facto do acto, seja por *i)* discordar do juízo formulado pelo instrutor, sem questionar o acerto da condução da instrução ou da sua suficiência ou; *ii)* por questionar as opções instrutórias tomadas e a sua suficiência e adequação ao apuramento dos factos.

i) Na situação enunciada, tendo sido realizada instrução procedimental e vindo o Autor questionar o juízo formulado sobre a prova produzida, sem questionar as opções tomadas a respeito das diligências concretamente realizadas, o tribunal levará a efeito um controlo negativo a respeito da decisão sobre a prova produzida nos casos em que esteja em causa a apreciação da prova através de *valorações próprias do exercício da actividade administrativa*, nos termos em que é controlada a actividade administrativa autodeterminada. Na verdade, não é admissível, por via da natureza da actividade instrutória, nos casos em que esta se mostra valorativa e autodeterminada, que o tribunal possa sobrepor o seu juízo àquele que foi feito pela Administração, titular do poder originário para a determinação dos pressupostos de facto no procedimento administrativo, a respeito da prova produzida. No caso de estar em causa o controlo da decisão sobre a prova produzida e esta não tenha sido valorativa mas objectiva e meramente subsuntiva e de apreciação, pode o tribunal proceder a um controlo pleno dessa decisão sobre a prova e verificação dos pressupostos de facto do acto, substituindo, se for o caso, o seu juízo ao que foi formulado pela Administração Demandada na acção.

ii) Na outra situação enunciada, de ter havido instrução e o Autor vir a juízo questionar os pressupostos de facto do acto devido, determinados no procedimento, questionando a opção instrutória levada a efeito, por exemplo ao nível da sua insuficiência ou desadequação. Estará aqui em causa, como referido acima, o exercício de uma actividade administrativa autodeterminada, ao abrigo do denominado *poder de disposição ou ordenação oficiosa da sequência procedimental*. O controlo judicial será aqui, em princípio, também negativo, cabendo ao juiz da acção verificar o cumprimento dos princípios a que se encontra sujeita a actividade administrativa em geral e a instrutória em especial e, no caso de concluir pela violação de algum deles e, por exemplo, pela desadequação das diligências levadas a efeito, condenar a Demandada a promover nova instrução, com observância dos princípios em causa.

Já não será assim no caso de a alegada insuficiência instrutória resultar do incumprimento, pelo interessado, no procedimento, do ónus de provar os factos alegados nas situações enunciadas acima em que esse incumprimento seja gerador de consequências desfavoráveis. Abrangidas por esta hipótese estarão as situações em que a Administração tenha determinado ao interessado a junção de documentos ou informações ou a disponibilização de coisas, necessárias à apreciação da pretensão, e este não tenha dado cumprimento ao solicitado. Aqui, ainda que os elementos em falta sejam de apreciação vinculada, está vedado ao tribunal o conhecimento dos pressupostos de facto do acto devido, desta vez por via das regras procedimentais respeitantes ao ónus da prova.

Hipótese 2:

Nesta situação o pressuposto da acção é uma conduta silente ou um indeferimento liminar e não houve, por isso, actividade instrutória no procedimento administrativo. Podem configurar-se, na acção de condenação, que vem intentada com estes pressupostos, duas situações:

i) O Requerente instruiu o requerimento administrativo com todos os meios de prova necessários à determinação dos pressupostos de facto dos quais depende a prática do acto:

Nesta situação, se estiver em causa a formulação de um juízo objectivo (vinculado) sobre os elementos levados ao procedimento pelo interessado, não existem limitações ao conhecimento dos pressupostos de facto do acto pelo juiz da acção de condenação. Se os elementos levados ao procedimento pelo interessado não se bastarem com o aludido juízo interpretativo e subsuntivo e reclamarem uma apreciação valorativa, está vedado o conhecimento dos pressupostos de facto do acto pelo juiz da acção de condenação à prática de acto devido.

ii) O Requerente não instruiu o requerimento com todos os elementos necessários e/ou com os requerimentos probatórios.

Se se verificar a necessidade de realização de diligências instrutórias apenas estará vedada ao tribunal a sua realização nos casos em que estas envolvam um juízo valorativo na sua apreciação; nos restantes casos e ainda que estas não tenham sido requeridas com o requerimento que serve de pressuposto à acção, nada obsta a que o juiz as determine, pois que, tendo inexistido instrução, não foi dada ao interessado a oportunidade de formular outros requerimentos probatórios, na certeza de que o CPA permite a apresentação de requerimentos probatórios complementares na fase instrutória, designadamente em sede de audiência dos interessados (cfr. art. 121º/2 do CPA). Não vigoram, nesta situação, as limitações decorrentes da aplicação das regras do ónus da prova procedimental, pois que, ainda que o interessado não tenha instruído o requerimento pretensivo com todos os elementos a que se encontra obrigado nos termos enunciados, esse ónus de instrução não chegou a ser precludido por ter inexistido instrução.

Hipótese 3

Nesta situação, independentemente de ter havido ou não instrução, o juízo sobre a prova é objectivo mas o interessado alega a verificação de pressupostos de facto que não alegou no procedimento, sendo que nos termos do disposto no art. 102º/1/c) do CPA, *o requerimento deve conter a exposição dos factos em que se baseia o pedido*:

– Neste caso, sem prejuízo do dever de averiguação, pela Administração, de todos os factos relevantes para a decisão, independentemente da sua alegação pelo

interessado e ainda que a apreciação dos meios de prova respectivos se revista de juízos vinculados, está vedado ao juiz da acção de condenação à prática de acto devido o conhecimento dos factos que não tenham sido alegados pelo interessado no procedimento. Esta limitação decorre do princípio da decisão administrativa prévia e assenta na circunstância de, em situações como a enunciada, não ter existido incumprimento do dever de decisão, na dimensão do art. 13º/2 a *contrario* do CPA, tendo por objecto um pedido, formulado por um ou mais sujeitos com determinados fundamentos, cujo dever de enunciação, quanto aos pressupostos de facto, decorre do art. 102º/3 do CPA.

A JURISPRUDÊNCIA

A questão da dimensão do conhecimento, pelo tribunal, dos pressupostos de facto do acto devido não tem sido tratada de forma uniforme pela jurisprudência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal. Aliás, grande parte das decisões encontradas reportam-se a pronúncias anulatórias de decisões disciplinares, não obstante, pela relevância que se lhe reconhece ao nível da posição assumida quanto aos poderes instrutórios do juiz não se deixa de se lhes fazer menção.

Não se procedeu a uma recolha exaustiva das decisões jurisdicionais que versam sobre a temática do conhecimento dos factos pressupostos dos actos administrativos mas apenas a uma recolha que se pretende exemplificativa da diversidade de posições que têm vindo a ser tomadas. Enunciam-se, a seguir, os sumários de alguns arestos encontrados.

NO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Acórdão de 16.01.2013 proferido no processo nº 0232/12

I – As acções administrativas especiais de condenação à prática do acto devido destinam-se a obter a condenação da entidade competente à prática de um acto administrativo que o autor reputa ter sido ilegalmente omitido ou recusado, visando a sua condenação na prolação de um acto que, substituindo aquele que é sindicado, emita pronúncia sobre o caso concreto ou dê satisfação à pretensão deduzida, sendo, por isso, desnecessária a dedução de pedido de anulação, declaração de nulidade ou inexistência do acto de indeferimento sindicado, já que da

pronúncia condenatória resulta directamente a eliminação desse acto da ordem jurídica.

II – Por isso, o pedido de condenação à prática do acto devido não se basta com a apreciação da legalidade do acto administrativo sindicado, impondo ao Tribunal a análise da legalidade da pretensão do interessado aferida no momento em que é proferida a decisão final da acção.

III – Razão por que o direito à prova é objecto de uma forte tutela neste tipo de acção, devendo o tribunal decidir conforme os factos e as provas que lhe são apresentados dentro das regras processuais, sendo, em princípio, admissíveis todos os meios gerais de prova que as partes ofereçam (dada a aplicação da lei processual civil no que se refere à produção de prova – art. 90.º, n.º 2 do CPTA), só podendo ser recusada quando exista norma legal que limite ou proíba determinado meio de prova ou quando se julgue que as provas oferecidas são manifestamente impertinentes, inúteis ou desnecessárias em face das questões colocadas.

IV – Tendo o SEAF indeferido o pedido que a Requerente lhe apresentou, na qualidade de entidade incorporante numa operação de fusão, no sentido de lhe ser autorizada a dedução dos prejuízos fiscais acumulados pela entidade incorporada, indeferimento que se fundou na falta de verificação dos requisitos que o art. 69.º do CIRC exige para a transmissibilidade desses prejuízos, e tendo a Requerente instaurado acção administrativa especial onde insiste na verificação de todos esses requisitos e pede a condenação do SEAF à prática de acto devido, arrolando prova testemunhal e abundante prova documental com vista a comprovar a materialidade integradora desses requisitos, não podia o Tribunal limitar-se a apreciar a legalidade da decisão administrativa proferida com base nos elementos de prova de que ele dispunha no procedimento administrativo, uma vez que a Requerente produziu, em sede contenciosa, mais prova destinada a fundar a sua pretensão.

V – O despacho interlocutório impugnado, onde o julgador afirma, de forma genérica, a desnecessidade de produção de prova testemunhal ou de quaisquer outras provas, parte do pressuposto (errado) de que lhe cabia somente aferir da legalidade do acto de indeferimento sindicado, descurando o pedido de condenação à prática do acto devido, o qual não se basta com essa apreciação.

VI – Esse despacho vedou à parte a oportunidade de produzir prova com vista a demonstrar a motivação económica da operação, isto é, a verificação dos requisitos previstos no art. 69.º do CIRC, privando, mesmo, o tribunal de elementos que podem ser relevantes para a formação de um juízo adequado sobre os intuitos económicos invocados e para a apreciação do pedido de condenação da Administração à prática do acto devido.

Acórdão de 19.01.2006 proferido no processo nº0733/04

I - O recurso contencioso não constitui uma renovação ou revisão do processo disciplinar, pelo que é pela prova neste produzida que deverá conhecer-se da sua regularidade, da prática das faltas imputadas ao arguido e da qualificação jurídica das apuradas.

II - Não devem considerar-se controvertidos os factos apurados no processo disciplinar, para o efeito de dever ser elaborado questionário, pela circunstância de, na petição do recurso contencioso, o recorrente ter apresentado uma versão diferente da apresentada pela entidade recorrida na acusação, no relatório final e na contestação à petição de recurso.

III - Ao acolher tese referida em 1, o tribunal não põe em causa o princípio da presunção da inocência do arguido, nem está a aplicar os artºs 817.º do CA e 20.º da LOSTA – supervenientemente inconstitucionalizados – ou a efectuar uma interpretação legal do art.º 815.º do C. Ad. contrária ao direito constitucionalmente reconhecido dos administrados a uma tutela jurisdicional efectiva, consagrado no art.º 268.º, n.º 4 da CRP.

NO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE

Acórdão de 27.01.2011 proferido no processo nº 00827/07

1. A apreciação que o órgão administrativo faz das provas produzidas no procedimento administrativo não é feita através da impressão ou intuição que se tem, mas segundo a persuasão racional que se tem dessas provas.

2. A autonomia que o órgão administrativo tem na apreciação das provas está pois submetida a um princípio de racionalidade, cuja violação é controlável pelo tribunal.

3. A função de controlo judicial limita-se assim a detectar se a apreciação das provas tem uma base racional, se o valor das provas produzidas foi pesado com justo critério lógico, não enfermando de erro de facto ou erro manifesto de apreciação.

4. É através da fundamentação da decisão que se deve averiguar se a valoração das provas está racionalmente justificada e se ela é capaz de gerar uma convicção de verdade sobre a prática dos ilícitos disciplinares imputados ao recorrente.

Acórdão de 14.03.2013 proferido no processo nº 00331/07

I. A reapreciação judicial da prova produzida no âmbito de procedimento disciplinar não significa a substituição da convicção administrativa pela convicção judicial.

II. A actuação do tribunal remeter-se-á ao plano da justiça emergente da legalidade, às normas e aos princípios jurídicos a que a entidade administrativa está obrigada, avaliando se estes foram ou não violados.

III. Em princípio, somente nos casos de erro grosseiro na avaliação da prova o tribunal deverá intervir dando procedência ao pedido do autor.

IV. A reinquirição, pelo tribunal, de testemunha ouvida no âmbito do procedimento disciplinar, apenas se justificará no caso de se mostrar indispensável a resolver um impasse do próprio tribunal no âmbito do seu julgamento, ou seja, no âmbito do desfazer de eventual erro manifesto, grosseiro, na apreciação e valoração da prova feita pela entidade disciplinar.

Acórdão de 31.05.2013 proferido no processo nº 01513/06

I. Uma mesma conduta pode ser objecto de despacho de «arquivamento» e de despacho de «não pronúncia», no âmbito criminal, e objecto de condenação no âmbito disciplinar;

II. Se é verdade que os tribunais devem respeitar a esfera do «poder disciplinar», sob pena de invadirem poderes e competências que não lhes pertencem, não é menos verdade que devem, e sob pena de falharem na sua

missão, defender as «normas e os princípios gerais» que se impõem aos detentores do poder disciplinar, e que poderão, eventualmente, ser descurados na esfera do exercício desse poder *in house*, usando expressão importada de outro sector da justiça administrativa;

III. Nem sempre é fácil divisar fronteiras entre as áreas da «justiça administrativa», a respeitar, e a da intervenção que o «poder judicial» está constitucionalmente obrigado a cumprir. Isto é, nem sempre é fácil fazer a articulação entre o procedimento disciplinar em que o arguido foi sancionado e o processo judicial em que ele impugna essa decisão sancionadora;

IV. Será em face de cada caso concreto que o tribunal deverá ponderar se a «repetição de prova» já realizada no procedimento disciplinar, ou a «produção de nova prova» não requerida nesse procedimento, deve ou não ser levada a cabo em nome do cumprimento da missão de busca da verdade material, que é pressuposto ontológico da «tutela jurisdicional efectiva» garantida pela CRP;

V. Mas naturalmente que esta «instrução judicial» apenas se poderá impor em casos de necessidade de desfazer dúvidas emergentes de depoimentos feitos perante o instrutor do procedimento disciplinar, importantes para a descoberta da verdade, em casos da actual existência de meios de prova de que o arguido não pôde dispor para sua defesa ao tempo desse procedimento, e não em caso de falta ou incorrecção de diligências instrutórias então realizadas, porque aqui, e por regra, desse défice instrutório decorrerá a invalidade do acto disciplinar.

Acórdão de 27.05.2010 proferido no processo nº 0102/06

1. O órgão instrutor do procedimento não pode avaliar as provas simplesmente segundo as suas opiniões individuais, mas segundo as regras da verdade histórica e com fundamentação da decisão.

2. O condicionamento da ampla zona de liberdade probatória pelo fim de se obter a verdade material, conduz necessariamente à revisibilidade jurisdicional do juízo efectuado pelo órgão instrutor ou decisor sobre a apreciação e valoração das provas.

3. A intervenção procedimental do autor, ainda que sob a forma de audiência contraditória, não preclui o direito de desfazer ou destruir o resultado probatório que a Administração extraiu dos meios de prova produzidos no procedimento.

4. A pena disciplinar de 25 dias de suspensão, na eventualidade de ser ilegal, é susceptível de causar danos morais.

NO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL

Acórdão de 20.12.2012 proferido no processo nº 6944/10

1. A acusação em processo disciplinar pode conter os factos apurados no auto de notícia e outros apurados posteriormente.

2. No processo disciplinar vigora a regra da livre apreciação da prova pelo julgador administrativo, sem prejuízo dos limites gerais do poder discricionário da Adm. P.

3. O poder disciplinar é discricionário, mas com aspectos vinculados, sendo um destes o que se relaciona com a qualificação jurídica dos factos reais.

Acórdão de 5.12.2013 proferido no processo nº 07504/11

I- No CPA apenas para os «exames, vistorias e avaliações e outras diligências semelhantes», a efectuar por peritos, se prevê expressamente a obrigação de notificação aos interessados – cf. artigos 94º e 95º do CPA.

II- No que concerne às restantes diligências de prova, sejam elas requeridas pelos interessados ou oficiosamente determinadas, designadamente no que concerne à audição de prova testemunhal, não está a Administração obrigada, previamente à sua realização, a notificar o interessado – e o seu Advogado – ou a permitir que estes nela participem – cf. artigos 87º a 93º do CPA.

III- Deverá a Administração notificar o interessado, ainda, dos actos que considere que o seu conhecimento releva especialmente para a tomada da decisão, tal como decorre do referido nos artigos 7º, n.º1, alínea a), 59º e 103º, n.º 2, alínea a), do CPA. Mas esta última obrigação está dependente da consideração pela Administração acerca do relevo do acto efectuado ou a efectuar. Ou seja, cabe no margem de liberdade decisória da Administração considerar um acto procedimental

ou instrutório como suficientemente relevante, ou não, para dever ser notificado ao particular, para que este se pronuncie, querendo, sobre o mesmo.

IV- Quanto à sindicância deste juízo da Administração, acerca do relevo de um determinado acto procedimental, no caso, da realização das diligências instrutórias requeridas pela A. e interessada no seu requerimento inicial, de audição das testemunhas que indicou, só pode ser feito por erro manifesto, grosseiro ou de facto.

V- Conforme artigos 86º, n.º 1 e 87º do CPA, a instrução do procedimento é levada a cabo pelo órgão competente para a decisão, ou pelo órgão que tiver essas competência delegadas, ou pelos seus subordinados, mas a realização dessa instrução não tem de ser feita necessariamente com a “concorrência” ou o “confronto” do interessado ou do seu Advogado, que se limita a apresentar as provas a serem apreciadas pela Administração, salvo no caso previsto nos artigos 94º a 97º do CPA.

VI- Alegando a interessada que preenchia os pressupostos legalmente exigidos para que fosse acreditada como odontologista, competia-lhe fazer a prova no procedimento administrativo da real verificação de tais pressupostos.

CONCLUSÕES

Terminado (mas não concluído, pois que muitas e outras questões permanecem por responder) o presente estudo, formulam-se as conclusões seguintes:

1. Em matéria de controlo da actuação administrativa autodeterminada, os poderes dos tribunais administrativos são de controlo e não de reexame;

2. A indagação dos factos, pela Administração, no âmbito do procedimento administrativo conducente à prática de um acto administrativo configura uma actividade cuja competência foi atribuída, pelo legislador à Administração, para, originariamente, aplicar a lei administrativa ao caso concreto, na sua missão de prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos;

3. A actividade instrutória da Administração, no âmbito do procedimento administrativo, é autodeterminada quanto à direcção e condução da instrução e, na maioria dos casos, quanto ao juízo probatório respeitante à verificação dos factos, excepto nos casos em que as valorações sobre a prova produzida configurem meros juízos interpretativos, subsuntivos e objectivos;

4. A instrução procedimental é dominada pelo princípio do inquisitório e da oficialidade mas recai sobre interessado o ónus de provar os factos que alega e que sustentam a sua pretensão, sendo que o incumprimento desse ónus tem consequências desfavoráveis nos casos em que se trate de factos que respeitem ao interessado e sejam necessários à apreciação da pretensão;

5. Com o CPTA não deixou de vigorar, no contencioso administrativo, o *princípio da decisão prévia* pela administração, sendo disso exemplo, na acção de condenação à prática de acto devido, a enunciação dos seus pressupostos (art. 67º/1), os quais reflectem a necessidade de ter sido previamente solicitada à Administração a emissão de uma pronúncia decisória a respeito de uma concreta pretensão;

6. O objecto da acção de condenação à prática de acto devido é delimitado pela pretensão concretamente dirigida, pelo interessado à Administração;

7. Sempre que a averiguação dos factos – que sejam pressuposto do acto administrativo cuja prática vem peticionada - pressuponha o exercício de valorações *próprias do exercício da função administrativa*, está vedado ao tribunal, no caso ao juiz da acção de condenação à prática de acto devido, proceder a essa averiguação, sob pena de ser violado o princípio da separação de poderes, estando autorizado, no entanto, a averiguar os factos para cuja indagação seja suficiente um juízo objectivo sobre os meios de prova respectivos;

8. Nos casos em que houve incumprimento, pelo interessado, no âmbito do procedimento administrativo, do ónus da prova, nas situações em que esse incumprimento corra contra o interessado, está vedado o conhecimento dos factos respectivos ao juiz da acção de condenação à prática de acto devido;

9. Subjacente à admissibilidade da pronúncia condenatória está sempre o incumprimento do dever de decisão, sendo que este está delimitado pela concreta pretensão dirigida à Administração e pelos seus pressupostos de facto. Nos casos em que a versão apresentada em juízo não se mostre coincidente, nos seus fundamentos de facto, com a que foi dirigida à Administração, está vedado ao tribunal o conhecimento dos factos respectivos;

10. A determinação dos pressupostos de facto do acto devido, pelo tribunal na acção de condenação respectiva, está, assim, limitada, em síntese, pela natureza da actividade instrutória procedimental, pelo (in)cumprimento do ónus da prova no procedimento pelo interessado, nos casos limitados em que este tem relevância e pelo princípio da decisão prévia administrativa, nos termos do qual é à Administração que compete o conhecimento e decisão das pretensões que lhe são dirigidas e cuja competência que lhe foi determinada pela lei.

11. Os limites enunciados não prejudicam a sindicabilidade, pelos tribunais, dos actos de recolha e valoração das provas pela Administração, que, nos casos em que configurem espaços de *margem de livre decisão* administrativa, são sindicáveis nos termos em que pode ser controlada a actividade autodeterminada da Administração, sem qualquer limitação quanto aos meios de prova.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE

- *Sobre as acções de condenação à prática de actos administrativos, Temas e Problemas de Processo Administrativo, Intervenções do Curso de Pós-Graduação sobre o Contencioso Administrativo*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2ª edição, 2011
- *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010.
- *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Almedina, 2012.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE / CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES

- *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2010;

AMARAL, DIOGO FREITAS DO

- *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª edição, Almedina;

AMORIM, JOÃO PACHECO DE

- *A substituição Judicial da Administração na prática de actos administrativos devidos*, Reforma do contencioso administrativo, o Debate Universitário, voll, 2010;

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

- *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, 2011;
- *A Justiça Administrativa, Lições*, 13ª edição, 2014;

AYALA, BERNARDO DINIZ DE

- *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lex, 1995;

BARBOSA, PAULA

- *A acção de condenação no acto administrativo legalmente devido*, Lisboa, aafdl, 2007

CADILHA, ANTÓNIO

- *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, vol II, 2010;

CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES

- *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, 2006;
- *A Prova em Contencioso Administrativo*, Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 14.11.2007, Cadernos de Justiça Administrativa nº 69;

CARVALHO, CARLOS

- *O juiz administrativo e o controlo jurisdicional da prova procedimental do processo disciplinar CJA*, 101;

CORREIA, SÉRVULO

- *O incumprimento do dever de decidir*, CJA 54;

DUARTE, DAVID

- *A norma de legalidade procedimental administrativa, a teoria da norma e a criação de normas de decisão da discricionariedade instrutória*, Almedina, 2006

MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES

- *A discricionariedade Administrativa: Reflexões a partir da pluridimensionalidade da Função Administrativa*, O Direito, Ano 144 (2012), III;

MOREIRA, FERNANDO AZEVEDO

- *Conceitos Indeterminados e sua Sindicabilidade Contenciosa em Direito Administrativo*, 1985;

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / GONÇALVES, PEDRO COSTA/ AMORIM, J. PACHECO DE

- *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, 2ª edição

OTERO, PAULO

- *Legalidade e Administração Pública, o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2003

PIRES, RITA CALÇADA

- *O Pedido de Condenação à Prática de Acto Legalmente Devido, Desafiar a Modernização Administrativa?*, Almedina, 2006, reimpressão;

PORTOCARRERO, MARIA FRANCISCA,

- *Discrecionariedade e Conceitos Imprecisos, ainda fará sentido a distinção?* Anotação ao Acórdão do STA de 20.11.1997, Cadernos de Justiça Administrativa (CJA) nº 10, Julho/Agosto de 1998;

- *Aferição Judicial ab extra da legalidade do exercício administrativo discricionário – posição de princípio?* Anotação ao Acórdão do STA de 6.12.2006, CJA nº 66, Novembro/Dezembro de 2007;

SOARES, ROGÉRIO EHRARDT

- *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVII, 1981;

SOUSA, MARCELO REBELO DE/ MATOS, ANDRÉ SALGADO

- *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 3ª edição, reimpressão;

- *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª edição, reimpressão

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE

- *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, 2ª edição, 1997;

ÍNDICE

RESUMO	2
ABSTRACT	3
INTRODUÇÃO	4
PARTE I	
A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO QUADRO DAS FUNÇÕES DO ESTADO	6
A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	10
AS FORMAS DE EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	
<i>A MARGEM DE LIVRE DECISÃO</i>	15
PARTE II	
O CONTROLO JUDICIAL DAS VALORAÇÕES PRÓPRIAS DO EXERCÍCIO	
<i>DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA</i>	22
A ACÇÃO DE CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ACTO DEVIDO	
(BREVE SÍNTESE DO REGIME)	24
A DETERMINAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE FACTO DO ACTO DEVIDO/	
PODERES DO TRIBUNAL	30
LIMITES DO PODER JUDICIAL QUANTO À DETERMINAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE FACTO DO ACTO DEVIDO	
DA NATUREZA DAS DILIGÊNCIAS DE PROVA	34
DO ÓNUS DA PROVA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	42
DO PRINCÍPIO DA DECISÃO PRÉVIA	44
SÍNTESE	49
JURISPRUDÊNCIA	52

CONCLUSÕES	59
BIBLIOGRAFIA	61