

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
Faculdade de Direito - Porto - Pólo da Foz

***O OBJECTO DO PROCESSO NA ACÇÃO DE
CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ACTO
ADMINISTRATIVO LEGALMENTE DEVIDO***

- Em particular, os poderes de pronúncia
judiciais e os tipos de sentenças emitidas
pelos Tribunais Administrativos

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito Público e Internacional sob a
orientação do Exm^o. Senhor Professor Doutor Mário Aroso de Almeida

Érica Rafaela Cunha Lourenço Gonçalves

Porto, 2013

“Ser absolutamente justo é uma qualidade de natureza divina; ser justo de acordo com o máximo das suas capacidades, é a glória do homem.”

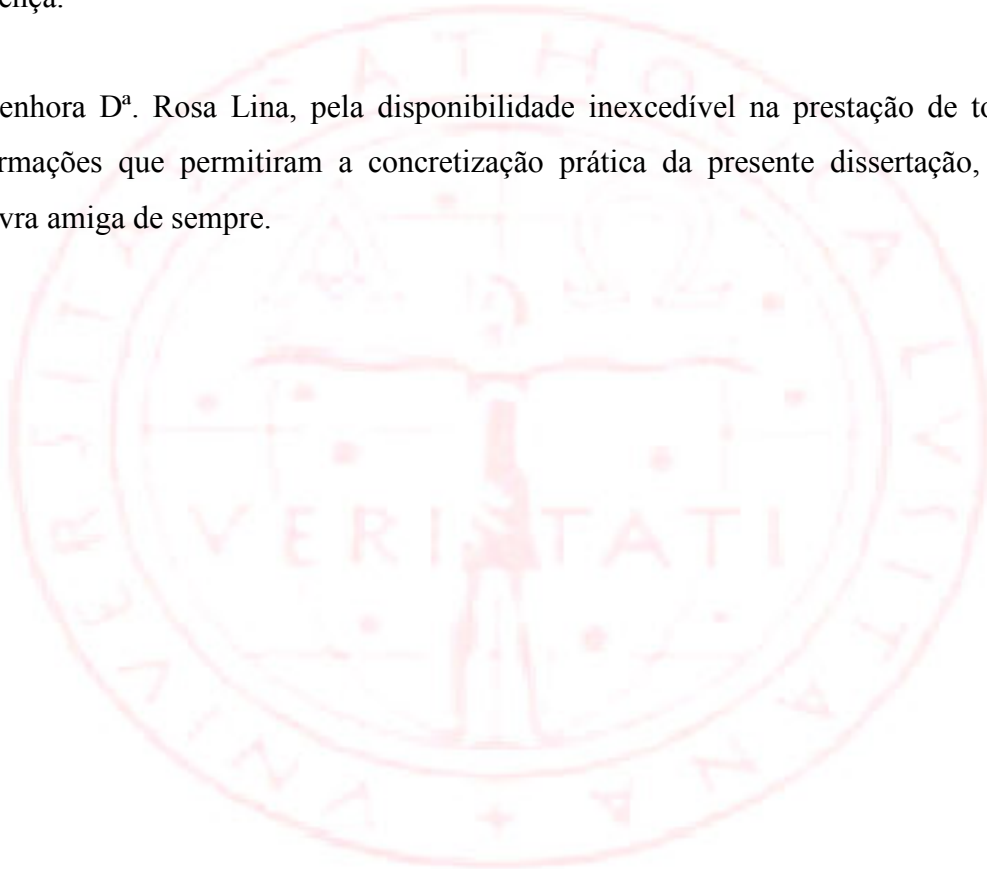
Joseph Addison (estadista, poeta e ensaísta inglês, 1672-1719)

Agradecimentos

Ao meu Orientador, Exm^o. Senhor Professor Doutor Mário Aroso de Almeida, pela simpatia, entusiasmo e absoluta receptividade com que acolheu o presente projecto, pelas palavras de estímulo e determinantes orientações científicas, ficarei para sempre reconhecida.

Aos meus queridos pais e irmã, pelo incentivo, apoio incondicional e constante presença.

À Senhora D^a. Rosa Lina, pela disponibilidade inextinguível na prestação de todas as informações que permitiram a concretização prática da presente dissertação, e pela palavra amiga de sempre.



ABREVIATURAS UTILIZADAS

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Cfr.	Confrontar
CIRC	Código do Imposto sobre os Rendimentos das Pessoas Colectivas
cit.	Citado/a
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPC	Código de Processo Civil
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CTA	Código dos Tribunais Administrativos (alemão)
DR	Diário da República
ECD	Estatuto da Carreira Diplomática
LPTA	Lei de processo nos Tribunais Administrativos
MNE	Ministro dos Negócios Estrangeiros
Ob.	Obra
P.	Processo
p.	Página
pp.	Páginas
PM	Primeiro-ministro
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
SEAF	Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais
ss.	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TAF	Tribunal Administrativo e Fiscal
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tribunal Central Administrativo
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TFA	Tribunal Federal Alemão
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia



INTRODUÇÃO

O nosso trabalho irá incidir sobre a recentemente consagrada acção de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido, sendo que o móbil da nossa escolha foi o facto de se tratar de uma matéria de carácter inovador no nosso ordenamento jurídico, associada a uma mudança de paradigma no âmbito do controlo judicial que tradicionalmente incidia sobre os actos administrativos praticados pela Administração e à circunstância de que, em função do relativamente curto espaço de tempo que decorreu desde a sua previsão, se trata de um domínio ainda pouco explorado e que suscita várias questões de aplicação prática da maior importância.

Por outro lado, a circunstância de explorar uma área que suscita ainda uma certa cealeuma, por contender directamente com domínios altamente sensíveis, como sejam o princípio da separação de poderes e os limites impostos ao controlo judicial, apresentou-se para nós como um desafio deveras aliciante.

Deste modo, iniciaremos esta investigação pela análise dos poderes instrutórios e condenatórios do juiz nesta sede. Passaremos depois à distinção entre sentenças plenas e sentenças-marco, fazendo ainda uma súmula dos diversos tipos de pronúncias emitidas pelos tribunais no âmbito da referida acção e formulando a respectiva consideração crítica. Analisaremos ao pormenor dois acórdãos e terminaremos por apresentar uma proposta de agrupamento das decisões analisadas segundo critérios objectivos e subjectivos. Por fim, será feita uma breve conclusão.

Como ponto de partida de exposição, convém esclarecer que a consagração legislativa da acção administrativa especial de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido se integra plenamente no movimento reformista que culminou com a aprovação do CPTA em 2004, e que representa a evolução do sistema de contencioso administrativo nacional, de cariz eminentemente anulatório, para um contencioso designado de plena jurisdição, centrado, não no acto praticado pela Administração e respectivos vícios (tradição que vinha da influência que até então era exercida pelo direito administrativo francês, de teor claramente objectivo), mas antes na pretensão do particular (à semelhança do modelo contencioso alemão, de pendor subjectivista, do qual provém a figura da *verpflichtungsklage*). Simultaneamente, representa a concretização do princípio da tutela jurisdicional efectiva, garantindo uma mais ampla e cabal realização dos direitos dos administrados. De resto, a previsão da

referida acção contribui para um funcionamento mais eficiente dos serviços da Administração Pública, os quais vêm fortemente reduzida a possibilidade de se furtarem aos seus deveres de actuação, sujeitos que se encontram agora ao controlo por parte das instâncias jurisdicionais, às quais, por sua vez, são atribuídos poderes de condenação, quer dirigidos à mera actuação, quer, inclusivamente, à determinação do próprio conteúdo do agir administrativo, quando assim o permitam as circunstâncias do caso concreto.

Assim, subjacente ao regime da acção de condenação encontra-se uma mudança de paradigma, designadamente, quanto ao entendimento do princípio da separação de poderes que durante décadas inspirou o contencioso administrativo português e que tão fortes obstáculos criou à possibilidade de sindicância judicial da actividade administrativa, *maxime* no domínio dos poderes discricionários. Hoje, afastados os fantasmas da “dupla administração” e do “governo de juízes”, admite-se que a “reserva de Administração” não pode, nem deve ser tão ampla como o foi no passado, e que aos tribunais administrativos deve ser reconhecido um papel determinante na efectivação dos direitos e interesses dos particulares, o que passa, necessariamente, pelo controlo efectivo do exercício da função administrativa.

Não obstante o gigante avanço a que se chegou no plano teórico, o certo é que na prática persistem alguns receios que não permitiram ainda levar esta ideia tão longe quanto seria possível ou desejável, como veremos. Os nossos votos são de que no futuro, os fantasmas que ainda parecem assombrar os nossos julgadores desapareçam e que os poderes de condenação sejam concretizados em toda a sua plenitude, contribuindo para uma tutela dos administrados mais justa e para a cabal realização da justiça administrativa.

1. OS PODERES DO JUIZ NO ÂMBITO DA NOVA ACÇÃO DE CONDENAÇÃO

1.1. Poderes instrutórios e condenatórios

A solução que nos parece ser a mais equilibrada neste âmbito é aquela que é adoptada pelo ordenamento alemão, cuja lei processual estabelece que se a questão sobre a qual o tribunal é chamado a apreciar se encontra “*em condições de ser julgada*”, isto é, se o juiz dispõe de todos os elementos probatórios necessários a uma correcta análise e decisão da causa (porquanto o ente administrativo desempenhou integralmente as suas funções instrutórias de recolha dos dados necessários para o cabal exame da pretensão do interessado), uma vez que este tenha direito ao acto, deve o tribunal condenar a Administração a emitir o acto requerido pelo particular. Pelo contrário, se a questão “*não está em condições de ser julgada*”, ou seja, se o ente administrativo não desenvolveu em absoluto ou de forma suficiente a actividade instrutória que sobre o mesmo impendia, o tribunal deve limitar-se a explicitar as obrigações que a Administração está obrigada a respeitar na decisão que vier a emitir (o que significa que esta tem o dever de se conformar com a opinião jurídica do tribunal), sem, no entanto, poder o juiz estabelecer o conteúdo concreto da decisão administrativa.

Já o Tribunal Administrativo Federal Alemão considera que sobre o juiz da jurisdição administrativa recai a obrigação de considerar e analisar devidamente todas as questões de facto e de direito que se mostrem relevantes em ordem à adequada decisão final (ainda que a Administração não o tenha feito).

Mais concretamente, quando a actuação administrativa ocorre no domínio das suas competências vinculadas, aquele considera que se os motivos de recusa invocados pela Administração não se justificam, o tribunal não se pode limitar a anular o acto e a remeter a apreciação da pretensão ao ente administrativo, devendo antes proceder à análise de todos os aspectos relativamente aos quais a sua competência é vinculada e, correspondentemente, considerando todas as questões que se afigurem pertinentes, desenvolver ele próprio a actividade instrutória necessária, de forma a emitir uma pronúncia definitiva.

Em bom rigor, quer a doutrina, quer a jurisprudência alemãs têm feito uma leitura assaz generosa do referido preceito, propugnando pela atribuição de poderes

instrutórios de cariz bastante alargado, no que toca às áreas de actuação vinculada.¹ No entanto, posteriormente, a tendência do TFA foi a de introduzir certos limites à sua posição, admitindo, conseqüentemente, uma certa redução da margem da sindicância jurisdicional das decisões administrativas de facto.² Não obstante, em matéria de direitos constitucionalmente garantidos dos cidadãos, o TFA mantém a exigência de um controlo total das decisões da Administração.

Já no domínio das competências discricionárias da Administração, ao juiz é reconhecido um poder de instrução bastante mais restrito, uma vez que se entende que se lhe encontra vedada a possibilidade de proceder ele próprio às indagações essenciais para a emissão de um acto de conteúdo discricionário que substitua o acto praticado pela Administração. Por outras palavras, se o ente administrativo incorre em erro neste âmbito, o tribunal deve limitar-se a anular o acto viciado e, correspondentemente, proferir uma condenação algo genérica, isto é, condená-lo apenas no re-exercício da sua competência discricionária, mas agora sem incorrer na ilegalidade reconhecida judicialmente, ou condená-lo simplesmente a agir, nas hipóteses em que o mesmo se havia recusado a fazê-lo.³

Assim, nesta sede, não se admite que o tribunal possa apurar, sob pena de invadir a “esfera reservada” da Administração, se um motivo diverso do invocado pela mesma poderia legitimar o acto de indeferimento ou de recusa praticado, porquanto isso significaria uma usurpação das suas competências discricionárias. Nega-se, desta forma, a possibilidade de ser o juiz a analisar e a satisfazer directamente o pedido do interessado, sendo certo que este determina tão-só a vinculação futura da actuação administrativa no sentido de não repetir o vício em concreto identificado.

Relativamente às prerrogativas judiciais de condenação, as mesmas encontram-se consagradas no art. 71º do CPTA. Chamando de novo à colação os ensinamentos que

¹ Neste sentido, vejam-se as lições de PARASKEVI MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, p. 347: “a doutrina e a jurisprudência alemãs admitem que o juiz possa substituir os motivos do acto administrativo examinado pelos seus próprios motivos. Assim, no caso em que a Administração dispõe de competência vinculada para adoptar o acto demandado pelo requerente, se lhe parecer que nenhum motivo justifica a sua recusa, o juiz pode pronunciar a sua obrigação de o emitir, porque a ilegalidade do acto de recusa significa necessariamente que o requerente pode exigir a emissão do acto recusado.”

² Para mais desenvolvimentos, MOUZOURAKI, Paraskevi, *ob. cit.*, pp. 345 e 346.

³ Em sentido idêntico, cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, “O objecto do processo no novo contencioso administrativo” in *CJA* nº 36, p. 12: “Cumprir notar que a verificação da existência de ilegalidades num acto de recusa praticado no exercício de poderes discricionários permite ao tribunal especificar os aspectos vinculados, condenando a Administração a substituir o acto ilegal por outro que não reincida nas ilegalidades cometidas e, portanto, que observe as normas e princípios anteriormente violados.”

nos chegam a propósito da aplicação prática da *verpflichtungsklage*, a doutrina e a jurisprudência alemãs vêm reconhecendo ao juiz da jurisdição administrativa poderes de amplitude diversa consoante o acto sindicado tenha sido emitido ao abrigo de uma competência vinculada ou discricionária.

Deste modo, nas situações em que o tribunal chegue à conclusão de que a Administração, *in casu*, se encontra legalmente vinculada e que o interessado tem efectivamente direito ao acto petitionado, a sentença proferida deve condená-la a emitir o acto devido, isto é, a condenação tem o efeito semelhante ao que resultaria de um poder de substituição do tribunal, pois que o ente administrativo fica obrigado a praticar o acto ilegalmente recusado ou omitido, com o conteúdo determinado pela sentença.

Em contraposição, no âmbito de uma actuação em que a lei atribua poderes discricionários à Administração, o controlo judicial incide apenas sobre os aspectos vinculados da actuação administrativa. No mais, ou seja, quanto ao exercício discricionário inerente ao acto administrativo praticado, o juiz somente pode determinar um eventual vício de que o mesmo padeça e reenviar a decisão à Administração, para que ela re-exerça o seu poder, atendendo ou não a pretensão material do interessado, tendo como único e mero efeito preclusivo o de não poder reincidir na ilegalidade identificada pelo tribunal. Isto, claro está, à excepção dos casos em que o tribunal conclua pela redução da discricionariedade a zero, visto que em tais hipóteses os poderes de pronúncia são semelhantes aos que se verificam em sede de actuação legalmente vinculada.

Ora, as soluções resultantes da experiência alemã, quer em matéria condenatória, quer em matéria instrutória, foram precisamente aquelas que o nosso legislador procurou transpor para o regime processual administrativo português e que, salvo melhor opinião, se encontram subjacentes à redacção, respectivamente, dos arts. 90º do CPTA e 265º do CPC (por força da remissão do art. 1º daquele) e 71º do CPTA.

Não obstante, como melhor se verá *infra*, nem sempre a sua *ratio legis* parece encontrar eco nas sentenças proferidas no âmbito da acção de condenação.

1.2. Sentenças condenatórias plenas vs. sentenças-marco

Na primeira espécie de sentenças, a pronúncia condenatória é dupla, porquanto se estabelece uma obrigação de a Administração actuar e, simultaneamente, uma

obrigação de agir em determinado sentido e da forma definida pelo tribunal (ou seja, o juiz conclui que há vinculação quanto à oportunidade de actuação e quanto ao conteúdo).⁴

Nesta conformidade, claro se torna que a sentença condenatória plena materializa, do ponto de vista dos poderes de condenação judiciais, o ideal legislativo, na medida em que traduz a concretização do expoente máximo de tutela concedida ao particular. De facto, mediante a emissão de uma pronúncia cujos efeitos se assemelham a uma medida de substituição, da mesma decorre simultaneamente a total vinculação do órgão administrativo e a correspondente satisfação directa e absoluta do direito peticionado pelo autor.

Em bom rigor, este tipo de sentença condenatória é uma das hipóteses que a redacção do art. 71º do CPTA comporta e pode ter lugar em dois tipos de situações: quando o conteúdo do acto administrativo resulta directa e expressamente da lei, que o estabelece em concreto; ou quando o teor do acto, apesar de dependente de um exercício discricionário, em certo caso específico só admite um determinado conteúdo, pelo que a discricionariedade se diz reduzida a zero e, por isso, se considera que tudo se passa como se houvesse vinculação legal quanto ao conteúdo, pois que, afinal, se entende que não resta qualquer possibilidade de escolha naquela situação concreta.⁵

Por outro lado, nesta espécie de sentenças, os poderes instrutórios do juiz assumem a sua amplitude máxima. Como se viu já, para se chegar a este tipo de pronúncia, há em primeiro lugar que considerar se a questão colocada ao tribunal se encontra apta, ou seja, em condições processuais de ser julgada (*spuchreif*). Se for esse o caso, o juiz poderá emitir, sem qualquer espécie de constrangimento, uma sentença plena.

Caso contrário, isto é, se a questão objecto do processo não foi devidamente analisada pela Administração em sede procedimental, concluindo-se que faltam elementos indispensáveis à boa decisão do tribunal, em aplicação do princípio do

⁴ Assim, ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Novo regime do processo nos Tribunais Administrativos*, pp. 217 e ss.

⁵ Para mais desenvolvimentos acerca da figura, cfr. AMORIM, João Pacheco de, “A substituição judicial da Administração na prática de actos administrativos devidos”, in *Reforma do Contencioso Administrativo, Volume I – O debate universitário (Trabalhos preparatórios)*, p 382, BARBOSA, Paula, *ob. cit.*, pp. 112 e 113 e ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Novo...*, *ob. cit.*, pp. 218 e 219.

inquisitório deve aquele instruir oficiosamente o processo até atingir o ponto em que reúne as condições necessárias à emissão de uma sentença desta espécie.⁶

Reitere-se que este tipo de pronúncia, na prática, somente se verifica e é, aliás, apenas admissível, em sede de actuações legalmente vinculadas do ente administrativo.

Assim, nas hipóteses em que é a própria lei que expressamente determina o teor do acto administrativo em questão, designadamente quais os pressupostos que o interessado terá de preencher em ordem à atribuição do direito peticionado, a decisão judicial reconduz-se a uma mera operação de verificação objectiva, isto é, de eventual recondução da realidade à hipótese legal prevista. Nos casos de redução da discricionariedade, pode afirmar-se que a actividade que a princípio se apresentava discricionária, acaba por assumir carácter vinculado, já que, atentas as circunstâncias do caso, resta apenas uma decisão como a correcta e conforme ao direito e, por isso mesmo, como a devida.⁷

Já no âmbito das sentenças-marco, o tribunal apenas estabelece parâmetros que a Administração terá de observar na emissão do acto devido (designadamente, o de não reincidir na ilegalidade identificada, o de decidir tendo em conta determinado princípio ou norma legal), mas não define o conteúdo concreto do acto.

Esta é outra das hipóteses que o art. 71º/2 do CPTA expressamente prevê, quando consagra, na respectiva parte final, que o tribunal “*deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido*”.

As sentenças deste tipo são proferidas, por regra, no domínio dos actos praticados ao abrigo de poderes discricionários, designadamente nos casos em que o procedimento administrativo tenha sido preterido ou deficientemente instruído, situação em que a pronúncia do tribunal irá no sentido de a Administração iniciar ou desenvolver cabalmente o dito procedimento, de acordo com os parâmetros ou vinculações estabelecidos pela sentença. O mesmo sucede quando o assunto submetido à apreciação judicial diga respeito ao âmbito da discricionariedade técnica do ente administrativo que, por razões óbvias, *maxime* por falta de preparação técnica adequada do juiz,

⁶ Neste sentido, cfr. LORA, Alejandro Huergo, *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, p. 290 e IBAÑEZ, Santiago J. Gonzalez-Varas, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, p. 236. Isto, claro está, sem prejuízo das restrições ao poder instrutório do juiz que supra referimos, casos em que a investigação oficiosa terá ainda de ceder perante os limites inerentes à sua própria função.

⁷ Como exemplos deste tipo de situações, cfr. LORA, Alejandro Huergo, *ob. cit.*, p. 332 e ss., que faz uma súmula das teorias adoptadas pelo ordenamento jurídico alemão.

impede a prolação de uma sentença plena e implica antes a (re) intervenção administrativa.

Com efeito, ”*O direito do interessado, em caso de normas discricionárias é o de que o tribunal condene a Administração a exercer esse poder conforme o direito*”.⁸

O facto apontado – de as sentenças-marco terem como alvo preferencial e quase exclusivo as decisões de carácter discricionário – explica por que razão não se verifica, nesta sede, a determinação do teor concreto do acto pelo tribunal, sob pena de substituição de um juízo de valor – o da Administração – por outro – o do tribunal –, o que sempre seria inadmissível à luz do princípio da separação de poderes.⁹

Porém, chame-se a atenção para o facto de que o tribunal pode e deve apreciar os chamados elementos vinculados do acto, tendo em conta que a discricionariedade nunca é total.¹⁰

Em suma, a intenção do legislador expressa na parte final do mencionado art. 71º/2 do CPTA foi, segundo nos parece, estabelecer uma directriz expressa dirigida ao aplicador legal, no sentido de que não deve o mesmo furtar-se à determinação de vinculações condicionantes do agir futuro da Administração, com base no fundamento de que, tratando-se de matéria discricionária, escaparia a mesma à sindicância do tribunal, por força do princípio da separação de poderes, como vinha sucedendo inúmeras vezes no âmbito do anterior contencioso e, infelizmente, como melhor se verá, ainda hoje continua a verificar-se.

Tal entendimento, na verdade, se já não fazia sentido antes, muito menos se coaduna minimamente com a figura da acção de condenação instituída na sequência da reforma de 2004, com a actual delineação do objecto do processo e com os contornos do caso julgado decorrente da sentença condenatória. O objecto do processo da acção de condenação, ao reconduzir-se à pretensão material do interessado, vem reforçar a ideia

⁸ LORA, Alejandro Huergo, ob. cit., p. 315.

⁹ Não obstante, também pode haver, excepcionalmente, a emissão de uma sentença-marco no âmbito vinculado de actuação, nos casos em que a Administração tenha levado a cabo um procedimento deficiente (ou nem sequer exista procedimento) e se trate de uma daquelas situações em que o juiz não se pode substituir à Administração em sede instrutória.

¹⁰ Estes elementos são tradicionalmente apontados como limites ao poder discricionário e reconduzem-se, desde logo, ao controlo externo do acto incidente sobre determinados elementos vinculados, tais como a verificação e extensão do poder, a competência do órgão, o respeito pela forma e procedimento legais, a tempestividade da prática do acto e o respeito pelo fim que justificou a atribuição do poder. O juiz administrativo tem ainda a obrigação de controlar o respeito pelos princípios que norteiam a actividade administrativa, *maxime* aqueles que vêm elencados no art. 266º/2 da CRP - A propósito, cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 475.

de que o caso julgado resultante da sentença deve abranger o “*accertamento do poder consubstanciado no acto anulado*” e, assim, o (re) exercício da actividade administrativa, isto é, os termos da relação material em que se insere o acto impugnado e que se irá desenvolver na sequência da decisão condenatória.¹¹



¹¹ Defendendo já, no âmbito das sentenças de anulação, que o caso julgado deveria estender-se à determinação da conduta futura da Administração, cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, p. 198 e ss..

2. TIPOS DE PRONÚNCIAS JUDICIAIS PROFERIDAS NO ÂMBITO DA ACÇÃO DE CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ACTO DEVIDO

2.1. Quando ao acto administrativo praticado esteja inerente o exercício de uma competência vinculada

2.1.1. Pronúncias em que o tribunal condena a Administração à prática do acto administrativo devido, por entender que o requerente tem direito ao mesmo e, simultaneamente, define-lhe o conteúdo concreto. Nestas situações, estabelece-se uma obrigação de actuar e, simultaneamente, uma obrigação de agir num concreto sentido e de forma determinada, nos termos definidos pelo tribunal (ou seja, o juiz conclui que há vinculação quanto à oportunidade de actuação e quanto ao conteúdo).¹²

Este tipo de decisão condenatória, que antes apelidamos de plena¹³, é uma das hipóteses previstas no art. 71º do CPTA e que se pode verificar em sede de vinculação legal ou de redução da discricionariedade a zero.^{14 15}

As pronúncias referidas têm em comum o facto de a condenação ter por base o reconhecimento de que o interessado tinha direito ao acto devido, posto que se encontravam preenchidos os requisitos legais necessários à sua atribuição, bem como o entendimento de que o tribunal deve analisar e pronunciar-se sobre a pretensão material do interessado, e não limitar-se a remeter a questão à Administração.

2.1.2. Decisões em que o tribunal, por entender que o requerente tem direito ao acto, condena a Administração à prática do acto administrativo devido, numa obrigação determinada, mas sem fixar concretamente o seu conteúdo. Nestas sentenças, também designadas por sentenças de condenação em sentido estrito¹⁶, reconhecendo-se embora que o interessado tem direito ao acto peticionado e que a Administração tem o dever de

¹² Expressões utilizadas por ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Novo...*, ob. cit., p. 217 e ss.

¹³ À semelhança de BARBOSA, Paula, *A acção de condenação no acto administrativo legalmente devido*, p. 112.

¹⁴ Para mais desenvolvimentos, cfr. AMORIM, João Pacheco de, ob. cit., p. 382, BARBOSA, Paula, ob. cit., pp. 112 e 113 e ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Novo...*, ob. cit., pp. 218 e 219.

¹⁵ Como exemplos deste tipo de sentença, vejam-se as que são referidas ou transcritas nos Acs. do TCAS de 18/03/2010, P.01896/06, e de 15/04/2010, P.01865/06, do TCAN de 25/11/2011, P.02527/05.9BEPRT, de 07/10/2011, P.00264/09.4BEMDL e de 09/06/2011, P.01375/06.3BEPRT.

¹⁶ BARBOSA, Paula, ob. cit., p. 103.

o emitir, o juiz remete para a Administração o preenchimento do teor concreto do acto que, em todo o caso, tem de ir no sentido por aquele pré-determinado.¹⁷

2.1.3. Casos em que o tribunal não condena a Administração à prática do acto administrativo devido, por entender que o requerente não tem direito ao acto.

Naturalmente, se o juiz entender, após examinar o mérito da questão, que o particular não preenche os requisitos legais dos quais depende a atribuição do acto a que o mesmo se arroga, então não pode emitir uma pronúncia de condenação à emissão de um acto a que ele não tem, efectivamente, direito.¹⁸

Saliente-se que também aqui, à semelhança das hipóteses anteriores, as decisões proferidas resultam do facto de a apreciação concreta acerca da existência de fundamento do direito ou interesse que o requerente alega ser levada a cabo pelo próprio tribunal, em obediência, aliás, ao preceituado nos arts. 66º, nº 2 e 71º, nº 1 do CPTA.

2.1.4. Situações em que o tribunal não condena, por considerar que o requerente, apesar de preencher os requisitos legais, não tem direito ao acto devido, pois que a sua pretensão estava condenada a improceder por intempestividade da instrução do pedido correspondente.¹⁹

Saliente-se que são inúmeras as decisões proferidas entre nós neste sentido, apesar de existirem também decisões em sentido contrário. No fundo, trata-se de uma concretização do tipo de sentenças referidas no ponto anterior, uma vez que o pedido de condenação é rejeitado por se concluir que, por força da intempestividade, o acto administrativo não é devido, ou seja, que o particular não preenche todos os pressupostos legalmente necessários à sua atribuição.

2.2. Quando ao acto administrativo praticado esteja inerente o exercício de uma competência discricionária

¹⁷ A este propósito, cfr. Ac. do TCAS de 17/3/2011, P.06981/10 e do TCAN de 18/3/2011, P.01447/06.4BEVIS.

¹⁸ Vejam-se, entre outros, os Acs. do STA de 28/9/2010, P.0266/09 ou do TCAS de 8/07/2010, P.02722/07.

¹⁹ Cfr., entre outros, o Ac. do TCAS de 18/11/2010, P.06637/10.

2.2.1. Sentenças em que o tribunal identifica vícios formais que determinam a anulação do acto e devolvem a questão ao ente administrativo, considerando prejudicado o conhecimento do mérito.²⁰ Nestas hipóteses, chame-se apenas a atenção para o facto de que o juiz administrativo não profere qualquer espécie de juízo incidente sobre a pretensão material do interessado, posto que se limita a apreciar a legalidade do acto de recusa praticado.

2.2.2. Pronúncias emitidas pelo tribunal nas quais este não condena a Administração à prática do acto administrativo devido, por considerar que o interessado não tem direito ao acto que peticiona.²¹ Se o julgador chega à conclusão que o autor não preenche os requisitos legais necessários à atribuição do direito a que se arroga, não pode proferir qualquer pronúncia condenatória, só lhe restando considerar improcedente a pretensão.

2.2.3. Casos em que o tribunal não condena a Administração à prática do acto administrativo devido, por considerar que o tribunal não pode sindicat o acto discricionário praticado pela Administração (salvo quanto aos limites interno e externo do poder).²² A este tipo de pronúncias encontra-se inerente a aceitação dos limites tradicionalmente apontados ao controlo judicial incidente sobre matéria inserida no domínio dos poderes discricionários da Administração, por imposição do citado princípio da separação de poderes.

2.2.4. Decisões em que, à semelhança das anteriores, o tribunal não condena, por considerar que a apreciação discricionária técnica levada a cabo pela Administração, não padecendo de erro grosseiro ou manifesto, escapa ao controlo judicial.²³ Embora se entenda que o tribunal não pode deixar de reconhecer os limites inerentes à respectiva função, a grande questão está, como melhor se verá *infra*, na correcta aferição do que em concreto constitui ou não matéria discricionária técnica que só pode ser apreciada pela Administração.

²⁰ Cfr. por exemplo, o Ac. do STA de 12/4/2007, P.0941/05.

²¹ É o que sucede no caso apreciado no Ac. do TCAN de 14/01/2010, P.01605/05.9BEPRT.

²² Entre outros, veja-se o Ac. do TCAS de 15/04/2010, P.01865/06.

²³ No sentido descrito, cfr., por exemplo, o Ac. do TCAS de 23/02/2010, P.01844/07.

2.2.5. Sentenças em que o tribunal não condena à prática do acto peticionado, mas limita-se a condenar a Administração à obrigação de decidir a pretensão, ficando essa decisão, naturalmente, ao critério da mesma.²⁴ Na nossa opinião, esta espécie de pronúncias deve ser reservada exclusivamente para os casos em que não existam elementos – *maxime*, instrutórios – que permitam ao tribunal estabelecer qualquer parâmetro vinculativo que a Administração tenha de observar na emissão do acto que venha a emitir.

2.2.6. Pronúncias de condenação à prática do acto devido, em que o tribunal apenas estabelece parâmetros (designadamente, o de não reincidir na ilegalidade identificada), mas não define o conteúdo do acto discricionário.²⁵ Esta espécie de pronúncias, como se referiu supra, são as designadas sentenças-marco, em que o julgador, não obstante não definir concretamente o conteúdo do acto, impõe determinadas vinculações a cujo cumprimento fica condicionado o futuro (re)exercício administrativo.

2.2.7. Finalmente, hipóteses em que o tribunal condena a Administração à prática do acto administrativo devido, por considerar que, tratando-se de uma situação de redução da discricionariedade a zero, à Administração, naquele caso, não restava qualquer possibilidade de escolha.²⁶ O que sucede em tais hipóteses é que, apesar de, em abstracto, se tratar de um acto dependente de preenchimento discricionário, nas circunstâncias específicas do caso, o juiz da jurisdição administrativa conclui que somente uma solução, de entre as várias que seriam abstractamente admissíveis, se impõe como a única possível e, por isso, como devida. Nessa conformidade, condena o ente administrativo à prática de um acto determinado, como se houvesse vinculação legal.

²⁴ Para um exemplo desta espécie de pronúncias, veja-se o Ac. do TCAN de 05/11/2009, P.02350/04.8BEPRT.

²⁵ Entre outros, é a situação relatada nos Acs. do TCAN de 05/03/2009, P.00115/06.1BEVIS, de 25/11/2011, P.02094/04.0BELSB e de 09/06/2010, P.00374/08.5BEPNF.

²⁶ Cfr., designadamente, o Ac. do TCAS de 12/5/2011, P.07382/11 e do TCAN de 27/05/2010, P.00240/08.4BEPNF.

3. BREVE APRECIACÃO CRÍTICA

Após esta pequena resenha daquela que nos pareceu ser a jurisprudência de alguma forma representativa dos diversos tipos de pronúncias que no âmbito da acção de condenação têm sido emitidas pelos tribunais administrativos nacionais, não poderíamos deixar de apresentar a nossa perspectiva crítica acerca das mesmas.

Começando pelas decisões em que a apreciação do tribunal recai sobre um acto praticado pela Administração ao abrigo de um poder vinculado, não se pode deixar de censurar as sentenças que se limitam a estabelecer a obrigação de praticar determinado acto, isto é, sem definir o conteúdo concreto que o mesmo deve revestir.

Com efeito, tratando-se de um juízo que incide sobre um acto em que existe vinculação, não vemos – à excepção das referidas situações residuais em que pode existir algum limite material ao poder instrutório do tribunal – salvo o devido respeito, qual o fundamento que impede o juiz de determinar o seu concreto teor.

Na verdade, sempre que necessário e com o respeito pelas limitações inerentes à função, nada impede que o juiz desenvolva ele próprio actividade instrutória oficiosa, por forma a emitir uma pronúncia efectiva quanto ao mérito da pretensão. Assim, parece-nos que, à semelhança do que é sustentado no ordenamento alemão, o poder judicial não só pode, como deve aproximar-se de um poder de cariz substitutivo, cabendo-lhe satisfazer directamente a pretensão material do interessado.

Concluindo o tribunal que o interessado preenche os requisitos legais dos quais depende a atribuição do acto devido, e tratando-se de competências vinculadas, não se entende por que razão há-de o mesmo remeter a questão de novo ao ente administrativo, em vez de determinar ele próprio o seu conteúdo específico.

Por um lado, a tutela conferida ao particular seria mais ampla, como, aliás, impõe o art. 71º do CPTA, mais eficaz e mais célere, garantindo-lhe de forma mais rápida a obtenção do direito petitionado, ao mesmo tempo que se obstaría a uma situação de um novo e eventual incumprimento por parte da Administração (e, naturalmente, evitar-se-ia o eventual processo de execução correspondente). Acresce que não se colocam quaisquer tipo de objecções decorrentes do princípio da separação de poderes, porquanto a actuação do tribunal neste domínio não interfere com a esfera de reserva da Administração, uma vez que, recorde-se, nos movemos no âmbito da vinculação legal, o que significa que o juiz limitar-se-ia a aplicar a lei (ou a única

solução legalmente possível, nos casos de redução de discricionariedade a zero), não exercendo, conseqüentemente, qualquer espécie de “dupla administração”.

A nosso ver, a referida definição do conteúdo do acto, nestes casos, não só pode, como deve ser feita pelas instâncias judiciais, em obediência aos princípios da tutela judicial efectiva, garantia de controlo judicial da actividade administrativa (art^{os} 111^o e 268^o/4 da CRP e 2^o do CPTA), *pro actione* e celeridade processual (art. 7^o do CPTA e 265/1^o do CPC), sob pena de violação do disposto expressamente nos arts. 66^o/2, 71^o/1 e 2, *a contrario*, do CPTA.

Já no âmbito das sentenças proferidas em sede de actos discricionários, discordamos frontalmente com o tipo de pronúncias em que o tribunal se limita a identificar os vícios formais de que o acto padece e reenvia a questão à Administração, sem emitir qualquer juízo quanto à pretensão do interessado.

De facto, tal atitude, uma vez mais, parece-nos manifestamente contrária à letra e ao espírito da lei, *maxime* dos citados arts. 66^o/2 e 71^o/1 do CPTA, que expressamente consagram que o objecto do processo é constituído pela posição substantiva do requerente, e não pela mera apreciação da legalidade do acto administrativo praticado. De facto, nestes casos, não há qualquer espécie de pronúncia condenatória, nem sequer quanto à oportunidade de actuação.

Esta tendência, provavelmente, explica-se pelo facto de essa ter sido a matriz que durante décadas dominou o contencioso de anulação português, de natureza cassatória, mas que hoje se encontra ultrapassado. Nestes termos, parece-nos que tais decisões não têm actualmente qualquer razão de ser, contrariam o quadro legal aplicável e não conferem a tutela judicial efectiva, adequada e desejável a quem se dirige aos tribunais administrativos. Nem tão-pouco se justifica. Por que motivo, se dispõe de elementos para o efeito, não há-de o tribunal apreciar o pedido do demandante e, na pior das hipóteses – na impossibilidade de determinar outras vinculações – apreciar a oportunidade de actuação e se for o caso, condenar nesse sentido? Não se nos afigura, ressalvado o devido respeito, que seja legítimo que o tribunal aproveite como pretexto para não apreciar aquele que é afinal o objecto do processo condenatório, a mera verificação de ilegalidades formais.

É certo que o teor da sentença condenatória emitida depende do caso concreto, designadamente da actividade instrutória levada a cabo pelo ente administrativo, ou seja, a respectiva extensão depende e varia em função dos dados concretamente

disponíveis em cada caso – quanto mais dados, mais completa pode e deve ser a decisão do tribunal – e que do disposto no art. 71º/2 do CPTA resulta que ao julgador incumbe controlar o processo de decisão levado a cabo pela Administração, o que significa que pode e deve definir parâmetros de actuação futura, mas já não a decisão final.²⁷

Não obstante, o tribunal deve, sempre que possível, estabelecer vinculações, naturalmente, quando para tal disponha de elementos, o que implica que a mera condenação a agir, sem mais, deve ser, a nosso ver, a *ultima ratio*, só para os casos em que efectivamente não existam elementos sobre os quais o tribunal se possa debruçar.²⁸

Nestes termos, o juiz da jurisdição administrativa encontra-se perfeitamente legitimado a apreciar os aspectos vinculados do agir administrativo, bem como a determinar as obrigações que determinarão o exercício futuro do poder discricionário da Administração, o que, do nosso ponto de vista, reveste a forma de um poder-dever, (desde logo, tendo em conta o referido art. 71º do CPTA).

Assim, se é certo que a natureza dos poderes envolvidos não permite a emissão de uma sentença plena neste âmbito, a regra deve passar pela emissão de uma sentença-marco, através da qual o tribunal estabeleça as obrigações que o ente administrativo terá de cumprir no (re)exercício da sua actividade, conformando-se com as vinculações estabelecidas na sentença, obstando à recidiva nas ilegalidades anteriormente cometidas.

Em bom rigor, só desta forma é que o julgador poderá proceder ao efectivo alargamento dos limites do caso julgado, como se impõe, a nosso ver, tendo em conta o facto de o objecto do processo da acção de condenação respeitar ao direito material do interessado. Assim, para lá da questão da invalidade do acto (pretensão anulatória), a decisão do tribunal deve reportar-se também e principalmente, à questão que assume papel central no processo, ou seja, à definição dos termos do futuro (re)exercício do poder manifestado pela Administração no acto anulado (pretensão condenatória).

Crê-se, pois, que apenas quando os elementos instrutórios não permitam ir mais além deve ser proferida uma decisão de mera condenação a actuar, sem qualquer definição de conteúdo.

O que significa que sentenças em que o fundamento para a ausência de condenação seja o simples e já gasto argumento de que o acto, por ser discricionário,

²⁷ Neste sentido, cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, “O objecto ...”, ob. cit., p. 11.

²⁸ *Idem*, p. 11.

não é sindicável pelo tribunal, deixou de ter, agora mais do que nunca, no contexto do novo contencioso, qualquer razão de ser.



4. ANÁLISE CRÍTICA DE ALGUNS ACÓRDÃOS: EM PARTICULAR, A DISCRICIONARIEDADE COMO LIMITE AO CONTROLO JUDICIAL

Brevemente delimitados os mais usuais tipos de pronúncias que os tribunais administrativos vêm emitindo nesta sede, cabe agora apreciar com mais detalhe algumas delas, especialmente as que maiores dúvidas nos suscitam, nomeadamente aquelas em que o tribunal, com base no argumento de se tratar de decisões que envolvem discricionariedade, opta por não sindicar o juízo formulado pela Administração.

Não se questionando que os poderes do tribunal devem naturalmente ceder perante a margem de livre actuação da Administração, o cerne da questão está, a nosso ver, por um lado, na determinação daquilo que em concreto e efectivamente é e se deve considerar discricionário ou não e, por outro, na extensão que, mesmo nesse campo, podem ou devem assumir, quer os poderes de investigação oficiosa, quer os poderes decisórios do tribunal.

4.1. Acórdão do TCAS de 23/02/2010, P.01844/07: Discricionariedade técnica, conceitos indeterminados e poderes de sindicância judiciais

Uma sociedade deduziu acção administrativa especial contra o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, com vista à anulação do despacho que lhe indeferira o pedido de dedução de prejuízos fiscais por si apresentado e à condenação do mesmo ao respectivo deferimento. O tribunal, com base na alegada existência de discricionariedade técnica da Administração e na competência exclusiva da mesma para o preenchimento de conceitos indeterminados, recusou o pedido de condenação formulado pela interessada.

Os factos, em síntese, são os seguintes: a sociedade “A...Ibérica SA” dirigiu requerimento ao Ministro das Finanças, solicitando que lhe fosse concedida autorização para que os prejuízos fiscais acumulados nos exercícios de 2004 e de 2005 pela sociedade que a mesma havia incorporado através de fusão, “A...y Tecnologias, SL”, fossem deduzidos aos eventuais lucros tributáveis da requerente, até ao sexto exercício posterior àquele a que os referidos prejuízos respeitavam.

Tal pretensão viria a ser indeferida através de despacho do SEAF pelo facto de: “*a sucursal fundida ter um património negativo, situação desfavorável para a sucursal*”

incorporante, na medida em que a incorporação da sucursal fundida não contribuirá para os resultados futuros que a incorporante venha a obter. De facto, não se verifica qualquer interesse na sua incorporação por parte da sucursal incorporante. E, ainda que se pudesse entender que a sua integração foi ditada por razões económicas válidas, o plano de dedução dos prejuízos fiscais não permitiria a dedução dos prejuízos fiscais apurados, por inaplicabilidade do disposto na alínea c) do n.º1 da Circular n.º 7/2005, de 16 de Maio, ou seja, sendo o património negativo, a sucursal não contribui para a obtenção dos lucros que a sucursal incorporante venha a obter”.

No que toca ao indeferimento, o tribunal considerou que teria o mesmo assentado exclusivamente na consideração de ausência de razões económicas válidas, nos termos do art. 69º, actual 75º/2, do CIRC, pelo que não merecia qualquer reparo e, partindo duma preocupação expressa em seguir a jurisprudência maioritária na matéria, sustentou que os conceitos que integravam o referido preceito constituíam matéria de discricionariedade técnica da competência da Administração segundo o interesse que a mesma privilegiasse, o que o levou a concluir: “... porque o acto de indeferimento do SEAF se fundamentou na inexistência dos requisitos exigidos pela lei para a concessão da autorização para deduzir os prejuízos fiscais acumulados pelas sociedades fundidas, este seu juízo não pode ser fiscalizado pelos tribunais. A menos que ocorresse erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal. O que não se antolha.”.

Por isso, a decisão final foi de improcedência da acção, com a consequente absolvição da entidade demandada dos pedidos.

Apreciação crítica:

A decisão do tribunal, na parte que se afigura relevante para a nossa investigação, pode-se dividir em duas partes: uma primeira, em que afirmou que o acto de indeferimento se ficou a dever à consideração da não verificação do pressuposto das “razões económicas válidas” que o referido art. 69º/2 - hoje 75º/2 - do CIRC, estabelece como condição de deferimento do pedido de transmissão dos prejuízos fiscais; e uma segunda, onde se discutiu a questão de saber se o juízo formulado pela Administração

com base nesse conceito, enquanto conceito indeterminado, seria ou não sindicável pelo juiz, vindo a concluir que, sendo matéria inserida no domínio da discricionariedade técnica administrativa, escaparia ao controlo judicial, salvo erro manifesto ou desadequação ao fim legal, pelo que se absteve de entrar na apreciação da sua verificação na situação dos autos.

Se dúvidas não restam de que se trata de um conceito indeterminado, a afirmação de que o seu preenchimento se encontra dependente de um juízo discricionário técnico exclusivo da Administração, suscita-nos algumas reticências.

Estando em causa conceitos cuja definição implica conhecimentos especializados de outros ramos, como no caso, não se entende, salvo o devido respeito, porque não se há-de permitir ao juiz que, face aos elementos probatórios disponíveis e, se necessário, com o recurso a um perito nomeado pelo tribunal, analise a apreciação feita pela Administração, para o efeito de aferir se, na situação, se verifica ou não o conceito em questão e, conseqüentemente, se a decisão administrativa praticada é a correcta ou se, pelo contrário, deve proceder o pedido de condenação deduzido.

Esta posição, a nosso ver, é aquela que melhor se coaduna com a previsão legislativa dos arts. 66º/2 e 71º do CPTA - desde logo tendo em conta que o objecto do processo se centra actualmente na pretensão material do interessado - e é a única que concretiza o princípio consagrado no art. 7º do CPTA.

Conseqüentemente, a solução que nos parece aquela que plenamente assegura a tutela jurisdicional efectiva a que tem direito quem se dirige a um tribunal administrativo e que se adequa ao quadro legal actualmente vigente nesta matéria é a de o juiz apreciar o preenchimento do conceito indeterminado feito pela Administração, se necessário com o referido recurso a peritos.

Aqui, julgamos que duas vias se abrem: ou bem que o órgão administrativo definiu correctamente o conceito indeterminado em questão, caso em que basta ao tribunal analisar se a factualidade invocada cabe na previsão da norma, nos termos definidos pela Administração – diríamos que há aqui um espaço de auto-vinculação administrativa, que o juiz está perfeitamente legitimado a sindicá-la – ou, pelo contrário, se o ente administrativo não preencheu, ou não preencheu devidamente o conceito, deve o tribunal fazê-lo, se necessário com o recurso a um perito, para depois poder então

entrar na análise do mérito da pretensão do requerente e decidir se este tem ou não direito ao acto devido. Neste último caso, consideramos que também não há qualquer invasão da esfera reservada da Administração, atento o facto de entendermos que um conceito indeterminado cujo conteúdo não está determinado pelo legislador, mas é passível de determinação concreta pelo aplicador legal, deve ser entendido como matéria em que existe vinculação.

Por outro lado, a posição propugnada assenta na premissa de que, quando necessário e possível, o juiz pode e deve averiguar oficiosamente os processos que lhe sejam submetidos (art. 90º/1 do CPTA e 265º/3 do CPC, *ex vi* do art. 1º daquele diploma).

Diga-se, aliás, que a posição que neste acórdão e de forma semelhante, em muitos outros vem sendo adoptada neste domínio, abre as portas ao arbítrio administrativo, pois que a Administração, sabendo que a sua decisão não vai ser objecto de sindicância, salvo em caso de erro grosseiro e patente (o que raramente se verifica, ou se considera verificar-se), decerto que dispõe de uma natural liberdade de actuação que não teria se soubesse que poderia vir a ser submetida ao escrutínio judicial.

Assim, regressando ao caso concreto, a decisão analisada procede somente à mera consideração da validade do acto de indeferimento praticado, não entrando, como lhe incumbia, na questão de saber se a autora tinha ou não direito ao acto administrativo devido. Na nossa opinião, ao tribunal impunha-se avaliar se a entidade demandada efectivamente apreciou a pretensão da interessada com base nas ditas “*razões económicas válidas*”. Em caso afirmativo e entendendo que se procedeu ao correcto preenchimento do conceito, devia analisar a subsunção dos factos ao mesmo, para o efeito de aferir do mérito da pretensão do particular e conseqüentemente, da procedência ou improcedência do pedido condenatório formulado. Já se considerasse o contrário, dispunha de duas alternativas: ou proferia uma mera sentença-marco, condenando a entidade demandada a apreciar o pedido da autora de acordo com o conceito referido e vinculando-se nessa tarefa aos parâmetros de actuação determinados pelo tribunal, ou apreciava ele mesmo a verificação ou não do requisito.

Na situação sob análise, não se vê porque não permitir de imediato ao juiz administrativo entrar na apreciação substantiva da questão, em vez de reenviar a mesma

para a Administração, desde logo por razões de economia processual, de tutela mais ampla dos direitos do particular e como forma de evitar novos e eventuais incumprimentos ou ilegalidades e novos e eventuais processos judiciais. Acresce que, conforme se disse já, assim se dá a plena efectividade às disposições legais acerca do objecto do processo e dos poderes de pronúncia na acção condenatória (arts. 66º, nº 2 e 71º do CPTA).

Além do mais, no caso em apreço, afigura-se-nos que o tribunal dispunha efectivamente de elementos que lhe permitiriam preencher o conceito de “razões económicas válidas”, porquanto se vem entendendo que o mesmo deve ser interpretado nos termos da Directiva nº 90/434/CEE, como o mesmo Tribunal, de forma oposta ao aqui analisado, decidiu por acórdão de 1/2/2005, P.00025/04.^{29 30}

Da jurisprudência do TJUE resulta ainda que a nível nacional, a aplicação do preceito deve ser casuística e que não podem ser consagradas categorias de situações que de forma automática se considerem excluídas da sua aplicação, como o referido Tribunal sustentou no seu Ac. *Leur-Bloem*, nºs 41 e 44.

Ora, salvo melhor opinião, tal aparenta ser o que justamente sucedeu no caso que ora se comenta.

De resto, o TJUE consagrou de forma expressa e inequívoca, o ponto de vista que aqui se defende.³¹ Nesta conformidade, não se concorda nem com a decisão final, nem com a argumentação aduzida pelo TCA. Com efeito, a questão da “discrecionabilidade técnica”, dir-se-ia, muitas vezes uma falsa discrecionabilidade, não

²⁹ Cfr. nº 45 do Ac. do TJUE *Foggia SGPS*.

³⁰ De facto, a interpretação conforme com o Direito Europeu parece apontar neste sentido. Para além da circunstância de, conforme se referiu já, o Direito da União ter estabelecido o parâmetro segundo o qual deve o conceito ser apreciado, consagrou ainda que apenas em casos excepcionais pode ser recusada a autorização para a transmissão dos prejuízos fiscais (e, conseqüentemente, o regime da neutralidade fiscal inerente à mesma), isto é, em situações em que a operação visa, exclusivamente, um “benefício puramente fiscal”, de modo a evitar manifestos casos de fraude ou evasão fiscais.

³¹ Nesse sentido, veja-se o nº 41 do Ac. *Leur-Bloem*: “*Todavia, para verificar se a operação em causa tem esse objectivo, as autoridades nacionais competentes não podem limitar-se a aplicar critérios gerais pré-determinados, mas devem proceder, caso a caso, a uma análise global da operação. Segundo uma jurisprudência constante, essa análise deve poder ser objecto de uma fiscalização jurisdicional*”, bem como nº 51 do Ac. *Foggia*: “*A este respeito, compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, à luz do conjunto das circunstâncias que caracterizam o litígio que lhe foi submetido, se, em função dos critérios referidos nos n.os 39 a 51 do presente acórdão, os elementos constitutivos da presunção de fraude ou de evasão fiscais, na acepção do artigo 1º, nº 1, alínea a), da Directiva 90/434, estão reunidos no âmbito deste litígio.*” .

deve servir como um meio de o juiz se demitir dos poderes que lhe são conferidos e impostos por lei, nem tampouco como um mecanismo de salvaguarda para eventuais erros cometidos pela Administração.

O acórdão em apreço merece o nosso reparo ainda a outro título. A nosso ver, verifica-se uma incompreensível contradição no seu raciocínio, porquanto o mesmo começa por referir que, relativamente ao preenchimento do conceito de razões económicas válidas existiria *“uma vinculação do administrador a um comportamento demarcado na lei, não existindo aqui quaisquer poderes administrativos discricionários”*, para de seguida, e de forma completamente oposta, defender que se trata de matéria inserida no âmbito da discricionariedade técnica da Administração, que somente a ela cabe apreciar e *“que poderá originar soluções diferentes, consoante o interesse que a Administração privilegie”*.

Segundo nos parece, o interesse público inerente à norma do CIRC em questão, ao contrário do que o tribunal refere, não varia conforme a Administração entenda, encontrando-se sim previamente determinado pelo legislador nacional, de acordo com os parâmetros da Directiva Comunitária – implementar, para as fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, com o intuito de *“permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional”* –.

Refira-se ainda que tampouco nos convence a argumentação aduzida pelo tribunal, na parte em que sustenta que *“a presente decisão terá lugar, tendo sobretudo presente (...) o disposto no art.º 8.º, n.º3, do Código Civil”*. Embora não se questionem as óbvias vantagens associadas à uniformidade decisória, nomeadamente a da segurança jurídica daí resultante, o certo é que, não vigorando entre nós o sistema do precedente judicial, o tribunal de hierarquia inferior tem toda a liberdade para decidir de forma oposta às decisões dos tribunais superiores e inclusive, contra a jurisprudência maioritária, desde que para o efeito lance mão de argumentos legais válidos, naturalmente. Nesse sentido, faça-se aqui referência ao supra citado acórdão deste mesmo TCA de 1/2/2005, em que o tribunal, numa clara atitude *pro-actione*, optou, e

bem, a nosso ver, por entrar na apreciação do mérito da pretensão do autor e concluiu que os requisitos do art. 69º do CIRC se encontravam preenchidos.

À semelhança da referida decisão, pensa-se que também no caso em apreço o juiz, não só podia, como devia, ter apreciado a decisão administrativa que aplicou – alegadamente – o conceito previsto no art. 69º/2, sem invadir a esfera de reserva da Administração e fazendo do pedido substantivo da interessada o efectivo objecto do processo. Processo esse que deveria ter terminado com uma decisão de mérito que considerasse se o acto administrativo petitionado era ou não devido e, eventualmente, condenasse à sua prática.

4.2. Acórdão do STA de 12/4/2007, P.0941/05: Improcedência do pedido condenatório com base em vícios formais do acto impugnado

Na situação em análise, o autor havia deduzido acção administrativa especial pedindo a anulação do acto de homologação da proposta de colocações relativa ao movimento diplomático para 2005, a condenação dos réus (PM e MNE) a absterem-se de praticar novos actos de nomeação decorrentes daquele movimento e a sua colocação num dos postos diplomáticos a que se candidatara.

O circunstancialismo fáctico do caso é o seguinte: por Circular de 02/01/2005 foi publicada a lista de lugares vagos em postos diplomáticos a preencher através do movimento diplomático ordinário de 2005, convidando-se os funcionários diplomáticos que estivessem em condições de serem transferidos ou colocados a apresentarem as respectivas candidaturas. O autor, Conselheiro de Embaixada, candidatou-se à colocação em cinco postos. O Conselho Diplomático apresentou proposta provisória de colocação e transferência, que foi homologada por despacho do MNE.

Do teor da mesma ressaltava que as propostas apresentadas sugeriam a colocação de determinado candidato com base numa fórmula idêntica para todos os casos e que se limitava a expressões do seguinte tipo: “*o funcionário X foi indicado pelo Chefe da Missão como tendo um perfil pessoal adequado ao posto, tendo sido ainda destacadas as suas qualidades profissionais*”.

Nestes termos, a lista definitiva correspondente não considerou a candidatura do autor. Posteriormente, foram publicados no DR diversos despachos conjuntos dos Réus,

procedendo a nomeações de funcionários diplomáticos para os postos a que o autor se candidatara, conforme a proposta homologada.

O tribunal, após considerar que o Conselho Diplomático deveria ter definido o que entendia por “*qualidades profissionais*” e “*perfil pessoal adequado ao posto considerado*”, sustentou que, não o tendo feito, lhe era perfeitamente legítimo escolher quais os meios utilizados para preencher os referidos conceitos, designadamente através do recurso às informações prestadas pelos Chefes de Missão, o que não constituía violação de lei. Não obstante, tal liberdade teria de ser contrabalançada, na perspectiva do tribunal, por uma fundamentação expressa, clara e precisa, de forma a possibilitar a respectiva sindicância judicial e assegurar as garantias de defesa dos interessados.

Acabou o Supremo por concluir que se verificava o mencionado vício de falta de fundamentação. Foi ainda considerado verificado o vício de preterição de audiência prévia, igualmente determinante da anulabilidade do acto impugnado.

Não obstante, o tribunal viria a rejeitar o pedido de condenação formulado pelo autor, uma vez que, na sua perspectiva, não podendo determinar a verificação dos vícios materiais imputados aos actos impugnados e sendo os vícios efectivamente apurados de carácter meramente formal, nada impedia que viesse a ser emitido novo acto com conteúdo idêntico.

Assim, a acção foi julgada parcialmente procedente, com a consequente anulação dos actos impugnados e condenação à abstenção da prática de qualquer despacho de nomeação para os postos a que o autor concorrera, mas tendo sido considerado improcedente o pedido de condenação à prática de acto devido.

Apreciação crítica:

De acordo com o disposto no art. 45º/1 do ECD: “ *Sem prejuízo do disposto na presente secção, o conselho diplomático, tendo sempre em consideração o interesse público e os objectivos da política externa portuguesa, observará, sucessiva e cumulativamente, os seguintes critérios na elaboração das propostas de colocações e transferências: a) As qualidades profissionais e a adequação do perfil pessoal dos funcionários ao posto considerado; b) A classe dos postos em que os funcionários diplomáticos estiveram anteriormente colocados; c) As preferências expressas pelos funcionários; d) A sua antiguidade na categoria.*”

Não pode deixar de se concordar com a decisão do tribunal na parte em que considerou verificado o vício de falta de fundamentação, o qual, tendo em conta o teor das decisões do Conselho Diplomático, é ostensivo, atento o facto de que se limitaram a repetir as expressões que constam da lei, sem, no entanto, proceder à sua concretização ou explicitar o percurso lógico que levou o referido Conselho a concluir que as mesmas se encontravam verificadas em relação a determinado candidato, ou não verificadas em relação a outro.

Na verdade, é patente o desrespeito pelo disposto no art. 125º do CPA, já que as expressões vagas e genéricas utilizadas pelos réus não preenchem os requisitos de clareza, suficiência ou congruência, nem dão qualquer garantia aos interessados quanto ao cumprimento dos critérios legalmente estabelecidos e dos princípios norteadores da actividade administrativa, *maxime* da imparcialidade e da igualdade.

Com o que já não se pode de todo concordar é com a afirmação de que a referida falta de fundamentação constituiria um impeditivo à apreciação dos restantes vícios invocados. Note-se que o que se verifica não é uma ausência total de fundamentação, mas uma mera fundamentação insuficiente, o que, se em termos de consequências legais equivale ao mesmo, não tem os mesmos efeitos práticos, pois que, em todo o caso, permite ainda aferir aquilo que o ente decisor teve em consideração e, simultaneamente, quais os aspectos que, em desconformidade com o critério legal estabelecido, o mesmo não ponderou.

Não se afigura que haja no caso uma impossibilidade de apreciação dos restantes vícios alegados pelo autor, ao contrário do que o tribunal sustentou. Nas palavras das instâncias, a aferição dos mencionados vícios dependeria da comparação das qualidades profissionais do autor e dos restantes candidatos, e da questão de saber se as qualidades daquele tinham sido desconsideradas.

Ora, se atentarmos na fundamentação da entidade demandada, ainda que se considere a mesma claramente insuficiente, o certo é que o facto de se apontar como razões subjacentes a cada escolha o facto de determinado candidato ter sido “*indicado pelo Chefe da Missão como tendo um perfil pessoal adequado ao posto, tendo sido ainda destacadas as suas qualidades profissionais.*”, viola ostensivamente o disposto no art. 45º/1 do ECD, que impõe a observação de uma série de requisitos que não foram ponderados.

Note-se que a questão é perfeitamente independente da verificação de uma fundamentação clara e suficiente. Uma coisa é apreciar o modo como os pressupostos legais foram ponderados, domínio onde existindo discricionariedade, não pode, salvo violação de princípios ou erro manifesto, o tribunal imiscuir-se. Questão prévia e diversa é a de saber se cada um dos factores discriminados na lei foi tido em conta pela Administração, independentemente da concreta ponderação que sobre cada um deles foi feita e do respectivo acerto ou desacerto.

Não obstante, o facto é que os factores que constam das alíneas b), c) e d) do art. 45º do ECD são de verificação objectiva, pelo que a sua aferição judicial era perfeitamente possível de fazer. O mesmo não se diga, obviamente, do factor previsto na alínea a), de pendor claramente subjectivo.

De todo o modo, sendo o respeito pelos princípios administrativos um aspecto que é sempre passível de controlo, mesmo no domínio discricionário de actuação, então o tribunal podia e devia ter considerado verificada a violação dos princípios da igualdade e da imparcialidade, uma vez que a decisão se baseou em impressões pessoais de sujeitos que manifestaram preferência por candidatos que conheciam, em detrimento de outros que não conheciam.

Passando por cima da questionabilidade do critério adoptado, o facto é que o autor parece ter toda a razão quando sustenta que “este apenas poderia ser operante nos casos em que o Chefe de Missão conhecesse todos os candidatos que se haviam candidatado ao posto que chefiava”. Não sendo assim, a inobservância dos referidos princípios é manifesta e nada impede, a nosso ver, que o juiz dela conheça.

Assim, não se pode deixar de censurar a afirmação que no acórdão em questão se faz quando se reconhece que o critério adoptado poderia prejudicar determinados candidatos e dificultar o respectivo controlo, mas que, no fundo, a culpa era do legislador, que podia ter evitado essa situação pela consagração de um critério mais objectivo. Nesta conformidade, acaba por concluir-se que os interessados deveriam resignar-se à protecção conferida pelo dever de fundamentação, único aspecto que o tribunal poderia sindicar.

Com efeito, das próprias palavras do tribunal se pode retirar, *a contrario sensu*, que, não tendo o dever de fundamentação sido devidamente cumprido, a protecção judicial que o mesmo podia conferir aos interessados ficava comprometida.

E, se conforme a própria decisão admite, o critério adoptado, à partida, colocava determinados candidatos numa situação de desvantagem em relação a outros, claramente privilegiados, em vez de se conformar com essa situação, impunha-se que a mesma concluísse que uma decisão apoiada no referido critério se formou em frontal desrespeito pelos princípios da igualdade e da imparcialidade.

Constituía, pois, em nosso entender, dever do tribunal o de reiterar a ideia de que o facto de o legislador nem sempre estabelecer critérios vinculados de actuação, não significa que a Administração se encontra livre para decidir como bem entender, esquecendo, desde logo, os princípios fundamentais que sempre tem de respeitar na emissão de qualquer espécie de acto decisório, independentemente da maior ou menor margem de liberdade que lhe seja concretamente concedida, deixando claro que a discricionariedade nunca pode ser absoluta.

De resto, sendo objectivo que pela consideração dos restantes critérios, teria de ser o autor classificado antes dos restantes candidatos, para que não se verificasse qualquer tipo de ilegalidade na preterição daquele em relação aos demais, o acto impugnado deveria ter-se revestido de uma fundamentação particularmente cuidada que justificasse, nomeadamente, as concretas circunstâncias que haviam determinado a selecção de candidatos com menos anos de serviço e de menor categoria profissional do que o autor.

Não se verificando esse dever cumprido, afigura-se-nos que não deve considerar-se apenas que se verifica um vício de falta de fundamentação, mas, na falta de prova em contrário, deve presumir-se que os aspectos que não se encontram plasmados na fundamentação do acto, não foram efectivamente considerados ou ponderados, em claro desrespeito pelos normativos aplicáveis (no caso, art. 45º do ECD) e, conseqüentemente, que se verifica vício de violação de lei.

O contrário, na verdade, seria apenas mais um incentivo à não observância dos critérios legalmente estabelecidos, sabendo a Administração de antemão que bastaria não fundamentar ou não fundamentar devidamente determinado acto para que tal constituísse impedimento à apreciação dos vícios materiais de que o mesmo padecesse e, por outro lado, a uma eventual decisão condenatória a proferir judicialmente.

Em suma, o facto de se verificarem vícios meramente formais, não só não impedia o conhecimento dos restantes vícios materiais invocados pelo autor, como tampouco obstava à prolação de uma pronúncia judicial condenatória.

Aliás, como o legislador teve o cuidado de expressamente consagrar, a questão da validade do acto e a procedência do pedido condenatório, embora naturalmente correlacionadas, são questões perfeitamente autónomas, devendo o objecto do processo reportar-se à pretensão do interessado e não à questão da legalidade do acto impugnado, que deve assumir um papel claramente secundário, e de certa forma, dir-se-ia, prejudicial, relativamente à questão de saber se o autor tem ou não direito ao acto peticionado.

Em bom rigor, o que poderia obstar à eventual procedência do pedido condenatório seria o facto, de o 1º subfactor estabelecido na alínea a) do art. 45º do ECD ser de preenchimento discricionário, mas já não o facto de os vícios apurados pelo tribunal serem de carácter formal.

Tampouco convence, salvo o devido respeito, o argumento de que obstava à dita condenação a circunstância de que, sendo os vícios apurados meramente formais, podia haver nova decisão com o mesmo conteúdo. De facto, ainda que os trâmites formais preteridos fossem efectivamente respeitados, havia desde já que determinar, na medida do possível, o conteúdo futuro do re-exercício administrativo, estabelecendo vinculações a observar no acto que viesse a ser emitido na sua sequência, impedindo a Administração de reincidir nas ilegalidades cometidas e determinando o cumprimento efectivo dos princípios e dos critérios legais estabelecidos.

Nesta medida, admitindo-se que o tribunal chegasse à conclusão de que não lhe seria possível proferir uma condenação plena devido ao carácter discricionário do requisito plasmado na alínea a) do mencionado art. 45º do ECD, no mínimo, deveria ter emitido uma sentença-marco que determinasse a observância dos critérios legais com respeito, nomeadamente, pelos dois princípios citados, desde logo, como forma de obstar à utilização de um critério de apreciação semelhante ao anterior e à reiteração de uma situação de discriminação e desprotecção dos candidatos.

5. SENTENÇAS ANALISADAS: CRITÉRIO OBJECTIVO E SUBJECTIVO

As diversas decisões jurisprudenciais que tivemos oportunidade de analisar permitem-nos agora formular a divisão que de seguida se apresenta e propõe, e que assenta na respectiva classificação segundo dois critérios: um critério que designamos de objectivo, por depender da concreta apreciação que a sentença faz do objecto do processo, ou seja, conforme baseia a decisão final da lide na questão da legalidade do acto impugnado, ou no mérito da pretensão do interessado; e um critério classificado como subjectivo, dependente da entidade que, no fim de contas, acaba por ser responsável pela apreciação da posição substantiva de direito peticionada pelo autor (já que o juízo sobre o bem fundado do pedido por este formulado acaba por ser feito, na prática, conforme os contornos que assuma a decisão que o tribunal venha a emitir, ora por este, ora pela Administração).

5.1. CRITÉRIO OBJECTIVO:

5.1.1. **Decisões baseadas na legalidade do acto impugnado**

Nos termos das disposições conjugadas dos citados arts. 66º, nº 2 e 71º, nº 1 do CPTA, o objecto do processo da acção de condenação à prática de acto legalmente devido é a pretensão do interessado, isto é, a posição material de direito substantivo que o mesmo alega possuir.

Assim, o legislador deixou bem claro que na nova acção de condenação, a eventual ilegalidade do acto de recusa praticado passa para segundo plano, destinando-se apenas a legitimar o interessado a dirigir-se ao tribunal, enquanto destinatário de um acto de recusa ou de um mero silêncio ilegais.

A partir daí, o acto administrativo de conteúdo negativo proferido assume um papel manifestamente secundário, pelo que, se o julgador concluir que o indeferimento ou a omissão em que a entidade pública incorreu é ilegal, uma vez que, sendo o acto devido, havia efectivamente obrigação administrativa de pronúncia e/ou, em última instância, de emissão do acto peticionado, o seu desaparecimento do ordenamento jurídico resulta automaticamente da própria decisão de condenação, não sendo alvo, pois, por parte do tribunal, de qualquer juízo independente acerca da respectiva validade.

Dir-se-ia que se trata de uma espécie de questão incidental, que apenas releva na medida em que constitui o suporte da legitimidade do autor, enquanto titular de um acto lesivo que lhe permite accionar os meios judiciais ao seu dispôr.

Não obstante esta profunda mudança de paradigma, a realidade tem vindo a demonstrar que múltiplas decisões jurisprudenciais assentam ainda na questão da legalidade do acto ou da inércia da Administração, remetendo a apreciação sobre aquele que afinal devia ser o objecto central do processo e, conseqüentemente, alvo da apreciação judicial, para o ente administrativo.

Concretizando agora quais são as espécies de decisões que se enquadram na presente classificação, refira-se, em primeiro lugar, as situações em que o juiz administrativo profere uma sentença condenatória, mas cujo teor se limita à imposição à Administração de decidir a pretensão formulada pelo interessado tendo em conta determinada norma que o acto impugnado desrespeitou ou simplesmente não considerou.

Um outro grupo de pronúncias assentes na mesma premissa é aquele em que o tribunal determina a obrigação de a entidade pública recolher os elementos de prova que lhe permitam apreciar e decidir o pedido formulado pelo requerente, ou, encontrando-se tais elementos já reunidos, impõe que a Administração proceda à sua cabal apreciação na decisão que venha a emitir.

Por último, enquanto sentenças exclusivamente fundamentadas na validade do acto impugnado, merecem ainda especial destaque os casos em que o tribunal rejeita o pedido condenatório, por considerar que o exame do mérito da pretensão se encontra prejudicado pelos vícios de forma de que o acto impugnado padece.

Assim, claro se torna que aquilo que as mencionadas decisões judiciais têm em comum é o facto de se debruçarem apenas sobre o acerto legal do indeferimento ou da atitude omissiva da Administração, sendo que, em manifesto desrespeito pelo quadro legal vigente, não chegam a entrar na apreciação do mérito da posição substantiva a que o interessado se arroga.

Essa apreciação, isto é, do eventual preenchimento dos pressupostos legalmente instituídos para a concessão do acto petitionado, em vez de ser feita pelo órgão judicial, acaba, por efeito do teor da sentença, por ser relegada para o ente administrativo.

Ora, as conseqüências gravosas que as presentes espécies de pronúncias acarretam, quer do ponto de vista prático, quer do ponto de vista jurídico, não são de

todo despiciendas, podendo inclusivamente degenerar num panorama de violação legal, desprotecção dos administrados e até denegação de justiça, pelo que se impõe um muito maior cuidado na sua utilização por parte do julgador.

5.1.2. Decisões baseadas na categoria de acto administrativo

Em muitas das acções de condenação submetidas à apreciação judicial, a fundamentação a que o tribunal recorre em ordem a justificar a decisão final diz respeito ao tipo de poder que se encontra subjacente à emissão da decisão administrativa. Nesta medida, o objecto do processo é reduzido à questão de determinar o âmbito do controlo a efectuar sobre o acto, conforme o mesmo seja de carácter vinculado ou discricionário, e não à questão de aferir se o autor preenche ou não os requisitos legalmente exigidos para a emissão do acto peticionado.

Assim, quando a acção de condenação se dirige à emissão de um acto administrativo de conteúdo vinculado, se o tribunal concluir que o autor preenche os requisitos estabelecidos legalmente, na grande maioria dos casos, profere a condenação peticionada pelo autor, consistindo esta, geralmente, no estabelecimento da obrigação de praticar um acto com conteúdo determinado. No caso contrário, isto é, chegando à conclusão de que o interessado não tem direito ao acto devido, por não reunir os pressupostos legais necessários à sua concessão, rejeita o pedido condenatório.

De forma inversa, constatou-se que, quando o pedido do interessado se destina à obtenção de um acto proferido no âmbito discricionário da Administração, o juiz, na esmagadora maioria dos casos, profere uma decisão de não condenação à prática do acto devido, por considerar que, (salvo erro grosseiro ou violação de princípios jurídicos administrativos), a oportunidade e conveniência da actuação administrativa escapa ao seu controlo.

Relativamente às pronúncias emitidas no domínio dos actos administrativos de carácter vinculado, a única chamada de atenção relevante é a de que a emissão de uma sentença-marco no âmbito vinculado de actuação deve ser exclusivamente reservada aos casos em que a Administração tenha deficientemente instruído o procedimento (ou nem sequer tenha havido procedimento) e se verifique um verdadeiro impedimento à substituição do tribunal à Administração em sede instrutória.

Nesta sede será a única situação em que será legítimo que a sentença se limite ao estabelecimento de meros parâmetros de actuação, em lugar de delinear o concreto teor do acto que a Administração está obrigada a proferir por força da condenação.

Com efeito, se por força da aplicação da lei, ou por força da redução da discricionariedade a zero, se afigura perfeitamente possível determinar em concreto o conteúdo do acto a praticar, não há, segundo nos parece, qualquer outra razão válida que justifique que o órgão judicial restrinja o seu poder de apreciação e decisão à prolação de uma mera sentença-marco, deixando uma margem residual de liberdade à entidade administrativa que pode conduzir, eventualmente, à satisfação parcial dos interesses do administrado e, inclusivamente, à reiteração da situação de incumprimento.

Já no que concerne aos actos que envolvem a formulação de um juízo discricionário, o excessivo número de sentenças que julgam improcedente a pretensão do interessado e, conseqüentemente, rejeitam a condenação peticionada, com o fundamento de não se poder o tribunal substituir à Administração na formulação de juízos que lhe estão constitucional e legalmente reservados, justifica que sobre elas se proceda a uma análise mais cuidada.

Uma vez mais se verifica a existência de uma certa relutância em acompanhar a evolução que nos últimos anos sofreu o modelo de contencioso nacional, pelo que os tribunais administrativos, em vez de centrarem a análise do pleito na questão de saber se o autor tem ou não direito ao acto devido, aferindo do eventual preenchimento dos requisitos necessários à respectiva concessão, transferem o critério decisório, exclusivamente, para o tipo de poder subjacente à decisão a emitir. Assim, ocorre uma certa confusão entre aquilo que é ou devia ser o objecto do processo com a questão da delimitação da extensão dos poderes do controlo judicial sobre os actos.

De facto, verifica-se uma certa tendência para sobrevalorizar a questão do alcance do controlo judicial incidente sobre os poderes administrativos, em relação à apreciação do mérito da pretensão trazida a juízo, designadamente fazendo apelo ao que o art. 71º/2 do CPTA estabelece a propósito. Tomando tal preceito como base, há vários casos em que o tribunal, considerando que ao acto estão associadas “*valorações próprias do exercício da função administrativa*” sobre as quais entende que não pode o seu exame incidir, salvo situações excepcionais, designadamente de verificação de erros grosseiros ou violação de princípios administrativos, abstém-se de proferir qualquer decisão condenatória e conclui pela improcedência da acção (com base no argumento de

que qualquer pronúncia acerca da substância do acto peticionado deve sempre caber no poder de livre apreciação administrativa).

Porém, cremos que esta não foi a intenção do legislador subjacente à consagração do citado art. 71º do CPTA. O objectivo terá sido o de apenas chamar a atenção para o facto de que, quando a circunstância de estar em causa matéria de teor discricionário impeça o órgão judicial de determinar o conteúdo do acto, ainda assim, o tribunal pode – e deve – emitir uma sentença que estabeleça parâmetros de actuação ou, em *ultima ratio*, uma sentença que condene a Administração a agir, e, assim, a proferir uma decisão relativa à pretensão do interessado.

Efectivamente, uma decisão que condene nestes termos, não interfere com a margem de livre decisão administrativa, pois que, não afirmando que o autor tem direito ao acto devido, relega a apreciação do mérito para a Administração, mas, ainda assim, não deixa de ter um conteúdo impositivo que delimita a decisão final que venha a ser proferida ou, na pior das hipóteses, constitui o ente administrativo na obrigação de actuar, evitando a reiteração do comportamento omissivo.

Não se quer com isto dizer, de forma alguma, que o tribunal deve sempre proferir uma sentença condenatória, mas tão-só que, podendo fazê-lo, ainda que em termos mais limitados, não deve deixar de o fazer apenas porque se trata de um acto cuja apreciação se insere nos poderes administrativos discricionários, sendo certo que cada caso é um caso e que a possibilidade de condenar e a extensão que essa condenação pode assumir, depende das circunstâncias concretas, designadamente da actividade instrutória desenvolvida em sede procedimental.

De resto, sempre se diga que deve haver um maior cuidado em determinar aquilo que em concreto e efectivamente constitui domínio discricionário, ou simplesmente matéria indeterminada mas determinável, nomeadamente, cujo preenchimento pode perfeitamente ser feito através do recurso a disposições legais dispersas ou de outros ramos do Direito, pois que, se nada impede que o tribunal aprecie a pretensão do interessado, não deve o fundamento da (pretensa) discricionariedade impedir uma eventual condenação.

E, conforme se referiu já, mesmo no âmbito da livre actuação, uma mera condenação a agir deve ser reservada às situações em que perante o quadro de actuação administrativa não seja possível ao julgador determinar qualquer vinculação, devendo dar-se sempre preferência à emissão de uma sentença-marco, porquanto esta ainda

estabelece uma parametrização, ainda que residual, quanto ao conteúdo do futuro agir administrativo, nos casos em que tal se mostre possível.

5.1.3. Decisões baseadas no mérito da pretensão

Há efectivamente pronúncias judiciais que se centram e desenvolvem em torno da questão da determinação da eventual verificação dos requisitos dos quais depende o direito à emissão do acto administrativo peticionado, pressuposto da condenação almejada.

Sem necessidade de grandes desenvolvimentos, diga-se apenas que tais decisões correspondem à concretização do paradigma legal da acção de condenação, pois que, independentemente da questão da legalidade do acto impugnado ou da extensão dos poderes de apreciação judiciais, fazem da substância material da pretensão do autor o objecto do processo condenatório, em estrito cumprimento dos dispositivos legais aplicáveis (arts. 66º/2 e 71º/1 do CPTA).

Nesta categoria, podem indicar-se quatro tipos de situações: a emissão de uma decisão de condenação mediante sentença plena; a emissão de uma sentença que rejeita a condenação peticionada; a emissão de uma condenação mediante sentença em sentido estrito; e, finalmente, a emissão de uma condenação mediante sentença-marco.

O primeiro caso representa o expoente máximo que se pode atingir num processo de condenação à prática de acto devido, isto é, uma pronúncia em que as instâncias judiciais condenam a Administração a praticar o acto administrativo devido, ao mesmo tempo que determinam concretamente o conteúdo que ele deve revestir.

Nas referidas hipóteses, o juiz não deixa qualquer margem de liberdade na emissão do acto ao órgão administrativo, pelo que o acto a praticar resulta directamente da sentença condenatória. Nesta medida, o julgador, concluindo que o autor tem o direito a que se arroga, através da análise dos pressupostos dos quais depende o direito à respectiva concessão, confere-lhe a total satisfação dos seus interesses, mediante uma decisão cujos efeitos se aproximam de uma sentença substitutiva, ainda que o acto final venha a ser emitido pela Administração, e não pelo tribunal.

No caso contrário, ou seja, se o tribunal concluir que o interessado não tem direito ao acto que peticiona em juízo, por não ser titular dos requisitos legalmente

estabelecidos para a sua atribuição, considera a acção improcedente e rejeita o pedido condenatório formulado.

As outras duas espécies de pronúncias mencionadas representam, por assim dizer, um segundo nível de condenação: na sentença em sentido estrito, verifica-se igualmente condenação à prática do acto administrativo, mas o tribunal abstém-se de determinar o conteúdo concreto do acto; na condenação mediante sentença-marco, verifica-se uma mera determinação de parâmetros a respeitar pela Administração na futura emissão do acto.

Em ambos os casos, sempre resta uma margem de liberdade – mais ou menos residual – à Administração, na decisão administrativa que a mesma venha, em cumprimento da sentença, a adoptar.

Se os dois primeiros tipos de decisões, que representam, de certa forma, o “tudo” ou o “nada”, são claramente as que melhor representam a concretização do modelo de acção legalmente consagrado, entende-se que uma sentença sem determinação do conteúdo é um meio que se apresenta necessário em sede discricionária de apreciação, como forma de impedir a invasão da esfera própria dos poderes da Administração, isto é, afigura-se que a sua utilização deve ser reservada apenas aos casos em que não seja de todo possível proferir uma condenação plena.

Mal se percebe, assim, que este género de pronúncia possa ter lugar, como por vezes sucede na prática, em sede de matéria vinculada, posto que não existe neste domínio qualquer espécie de impedimento à emissão de uma condenação plena, sendo que a esta deve ser dada, sem sombra de dúvida, preferência e prevalência sobre qualquer outra forma de imposição.

Relativamente à sentença-marco, refira-se apenas que a mesma deve ser reservada, por regra, às decisões proferidas em sede de controlo judicial de actos discricionários, em função dos limites à apreciação do mérito inerentes à sua natureza, sendo que, pelo contrário, e conforme se salientou supra, deve assumir cariz excepcional no âmbito vinculado de apreciação, somente em situações de total ausência ou deficiente actividade procedimental não passível de suprimento judicial.

Em jeito de conclusão, crê-se que, não obstante se admitir que o julgador possa e deva ter em conta outros factores que tenham relevância na decisão final a emitir, o facto é que o presente critério não pode, salvo melhor opinião, deixar de constituir o pressuposto imprescindível para a correcta apreciação de uma acção de condenação à

prática de acto devido, e que sempre deve estar subjacente e nortear o juízo que o tribunal venha a emitir.

5.2. CRITÉRIO SUBJECTIVO:

5.2.1. Apreciação pela Administração

Em duas das espécies de decisões mencionadas supra, a apreciação do direito material a que o interessado se arroga acaba, na prática, e por força dos contornos que a pronúncia judicial assume, por ficar a cargo do ente administrativo. Assim, apesar da intervenção do tribunal, a verdade é que a tarefa de decidir sobre o bem fundado da pretensão do particular é relegada, novamente, para a entidade pública.

Antes de mais, é o caso das referidas decisões baseadas exclusivamente na questão da legalidade do acto administrativo impugnado. Com efeito, neste tipo de hipóteses, ao assentar o juízo formulado na validade do acto de indeferimento ou da omissão praticada pela Administração, as instâncias judiciais transferem a prerrogativa de apreciação da pretensão de direito substantivo do interessado para o ente administrativo.

Ora, as consequências que tal conduta acarreta são de extrema gravidade, como se referiu já, sendo certo que tais pronúncias não cumprem os comandos legais que estabelecem o dever que sobre o tribunal impende de se pronunciar sobre a questão substantiva suscitada pelo autor, ao mesmo tempo que o administrado fica novamente “nas mãos” da Administração, sujeito a eventuais novos incumprimentos e ilegalidades.

Mais grave ainda é que o tribunal não cumpre com o seu papel, nem responde ao pedido formulado pelo interessado, que espera que seja a instância judicial, enquanto entidade independente e imparcial, a apreciar a sua posição substantiva e, no fim, a formular uma eventual decisão condenatória dirigida à emissão do acto devido, em correspondência, aliás, com aquele que é o pedido formulado pelo autor.

Em suma, as sentenças que neste domínio são proferidas, não só desrespeitam a lei e desprotegem os particulares, como, ao deixar de conhecer questões que se lhe impunha apreciar e que correspondem ao peticionado (o que, aliás, é sancionado pela lei processual com a nulidade – art. 668º, nº 1, d) do CPC, *ex vi* do art. 1º do CPTA), constituem, de certo modo, uma forma, ainda que claramente não intencional, de denegação de justiça. Correspondem, de resto, a um modelo de contencioso que se

encontra hoje perfeitamente ultrapassado e que não encontra, ao contrário do que sucedia até 2004, cobertura no modelo processual estabelecido pela lei.

Ao lado destas, também as decisões baseadas no tipo de poder vinculado ou discricionário associado à emissão do acto administrativo concreto, podem com alguma facilidade conduzir a que a decisão sobre o direito material do administrado seja tomada, não pelo juiz, mas pela Administração.

É, designadamente, o caso das situações em que o tribunal considera que a emissão do acto a que o interessado se arroga depende da formulação de um juízo de carácter discricionário e abstém-se de emitir qualquer consideração acerca da substância da pretensão, que será, assim, levada a cabo, exclusivamente, pela entidade pública administrativa. O que significa que será esta que apreciará o eventual preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para a atribuição do acto administrativo requerido, aspecto que, nesta conformidade, passa completamente ao lado de um controlo judicial de mérito.

É certo que a solução depende sempre das circunstâncias concretas de cada caso, e que nem sempre se afigura fácil ou exequível proceder a um controlo minimamente efectivo e satisfatório ao nível substantivo sobre a actividade administrativa, sobretudo, quando se trata de matéria de livre apreciação. Porém, sempre que possível, entende-se que, ainda que a decisão final sobre o mérito possa vir a ser tomada pela Administração, não deve o tribunal deixar de, no mínimo, fixar parâmetros de actuação que limitem, ainda que apenas residualmente, o âmbito do exercício administrativo e, assim, contribua para reduzir a margem para a prática de (novas) ilegalidades e incumprimentos.

Embora os poderes de apreciação judicial sejam bastante mais limitados em sede discricionária, não pode essa circunstância servir como fundamento para que à Administração seja concedida uma quase total margem de liberdade decisória, devendo o tribunal, dentro dos limites legalmente consagrados, naturalmente, exercer a sua tarefa de controlo de mérito.

5.2.2. Apreciação pelo tribunal

Por razões que se afiguram óbvias, nas pronúncias judiciais que fazem do objecto do processo a questão de determinar se o autor reúne ou não as condições legais

imprescindíveis à concessão do acto administrativo peticionado, o mérito da pretensão do interessado é apreciado pelo tribunal.

Esta espécie de decisões é, manifestamente, aquela que corresponde ao paradigma idealizado pelo legislador, cuja intenção, ao consagrar a acção de condenação à prática de acto devido, foi a de instituir um mecanismo de carácter inovador, na medida em que passava a dar cobertura legal expressa à possibilidade de o tribunal se pronunciar sobre a posição substantiva do interessado e, assim, alargar os respectivos poderes de apreciação para lá da mera legalidade do acto impugnado, como sucedia no anterior recurso contencioso de anulação.

No fundo, do ponto de vista estritamente subjectivo, o intuito foi o de deslocar o poder de apreciação da esfera do ente administrativo para a do juiz, evitando ou, pelo menos, procurando minimizar as consequências negativas que para o administrado poderiam resultar da atribuição exclusiva à Administração do poder decisório sobre a respectiva pretensão e a que supra se fez referência.

Não se desconhece, naturalmente, que há situações em que o tribunal se vê forçado a relegar o poder de decisão para a Administração, *maxime* em sede discricionária. Todavia, o que se defende é que, mesmo em tais casos, as instâncias judiciais não devem deixar de se pronunciar sobre o mérito do pedido de quem recorre a juízo, até onde tal lhe seja possível e com as limitações inerentes ao princípio da separação de poderes, ainda que seja apenas para estabelecer parâmetros de actuação.

Impõe-se, pois, considerar que permitir que seja a Administração a decidir, sem qualquer espécie de vinculação, constitui sempre a *ultima ratio*, devendo reservar-se aos casos em que seja absolutamente impossível exercer um mínimo de controlo judicial, designadamente por parcial ou total falta de actividade procedimental administrativa.

Mesmo nessas situações, o certo é que o tribunal, ainda que limitando-se a proferir uma condenação que determine que seja suprida a omissão verificada, vai mais além do que simplesmente considerar que essa conduta omissiva é ilegal, retirando consequências de tal circunstância e resultando da sentença uma obrigação que o ente administrativo está obrigado a cumprir. Não há uma pronúncia sobre o mérito, é certo, mas não deixa de existir limitação à margem de actuação administrativa futura.

Fora das hipóteses referidas, não se encontra qualquer outro tipo de circunstância ou argumentação válida que justifique a remissão dessa apreciação para a Administração, ou seja, que impeça o juiz de se debruçar sobre a posição de direito

substantivo a que o particular se arroga, e, conseqüentemente, de dar plena satisfação à tutela pretendida e, simultaneamente, dar cumprimento efectivo ao quadro legal instituído pelas disposições aplicáveis.



6. CONCLUSÃO

A análise pessoal sobre as mais variadas decisões proferidas no domínio da acção de condenação à prática de acto devido permite-nos afirmar que a mudança de paradigma que a respectiva consagração representou ao nível legislativo nacional, não encontrou ainda paralelo ao nível da correspondente aplicação jurisprudencial.

De facto, persistem ainda um certo preconceito e uma certa relutância na hora de exercer na sua total amplitude os poderes conferidos pela lei, principalmente nos casos em que ao acto administrativo sindicado pelo tribunal corresponde um poder de natureza discricionária.

É certo que é necessário tempo para que o julgador se adapte aos contornos do novo contencioso e à nova concepção de objecto do processo, tradicionalmente restrito à apreciação da mera legalidade do acto impugnado.

Não obstante, urge tomar consciência de que o regime instituído a nível legislativo apenas poderá atingir o seu expoente máximo quando o juiz da jurisdição administrativa puser em prática, na sua total extensão, os poderes – instrutórios e decisórios – que legalmente lhe são reconhecidos nesta área.

Nesta medida, as premissas que se nos afiguram verdadeiramente essenciais na determinação do controlo jurisdicional subjacente a uma acção de condenação à prática de acto devido são as seguintes: 1) o objecto do processo condenatório é a pretensão material do interessado e é essa a questão que deve nortear a apreciação jurisdicional, em detrimento da questão da validade do acto sindicado, que passa a assumir um papel claramente secundário; 2) a extensão dos poderes do tribunal varia consoante o poder inerente à emissão do acto administrativo e conforme a actividade administrativa desenvolvida em sede procedimental; 3) a regra deve ser a da emissão de uma sentença-marco no âmbito discricionário e de uma sentença plena no domínio vinculado; 4) sendo certo que a falta ou deficiente instrução do processo pode condicionar a extensão da pronúncia condenatória, ainda assim, deve considerar-se que a emissão de uma sentença de mera condenação a agir constitui a *ultima ratio* (mesmo quando não haja elementos suficientes, há casos, *maxime* em sede vinculada, em que o juiz pode intervir e instruir oficiosamente, permitindo-se que o autor aporte ao processo todos os elementos de que disponha, ainda que não os tenha apresentado antes, ou a Administração não os tenha apreciado).

Não se desconhece que no domínio discricionário de actuação os poderes instrutórios e decisórios são, necessariamente, mais limitados, atenta a especificidade de funções decorrente do princípio da separação de poderes.

Porém, uma correcta determinação daquilo que efectivamente deve ou não ser considerado discricionário, ou a correcta percepção da efectiva extensão que os poderes do tribunal podem, ainda assim, assumir neste âmbito, parece constituir o passo verdadeiramente determinante para obstar à emissão de sentenças em que não se verifica qualquer pronúncia condenatória, ou em que a extensão da pronúncia abrange, por exemplo, apenas a obrigação de agir, mas não qualquer determinação quanto ao concreto conteúdo do acto a emitir. Aspecto tanto mais fundamental quanto é certo que só assim o caso julgado resultante da sentença poderá assumir uma maior amplitude, na medida em que o condicionamento quanto ao (re)exercício da actuação administrativa é maior, obstando à recidiva nos vícios anteriormente cometidos e, simultaneamente, conferindo ao interessado a mais ampla e satisfatória tutela possível.

Ora, perante algumas das concretas soluções que tivemos oportunidade de analisar, não podemos deixar de nos questionar se, em certos casos, não se estará, de facto, a colocar significativos entraves à obtenção de uma tutela judicial plena e efectiva dos administrados, deixando ainda demasiado espaço à Administração para incorrer em novos incumprimentos que podiam ser evitados se o tribunal exercesse as suas competências com a amplitude total que as mesmas podem legalmente assumir.

A lei, os princípios fundamentais administrativos e a concretização de um verdadeiro contencioso de tutela dos particulares impõe que se deixem os receios de lado, se desbrave caminho e se vá cada vez mais longe.

Todavia, a realidade demonstra que o contencioso de legalidade que vigorou durante décadas deixou marcas mais profundas do que se poderia, à primeira vista, supor.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	6
1. Os poderes do juiz no âmbito da nova acção de condenação	8
1.1. Poderes instrutórios e condenatórios	8
1.2. Sentenças condenatórias plenas vs. sentenças-marco	10
2. Tipos de pronúncias judiciais proferidas no âmbito da acção de condenação à prática de acto devido	15
2.1. Quando ao acto administrativo praticado esteja inerente o exercício de uma competência vinculada	15
2.2. Quando ao acto administrativo praticado esteja inerente o exercício de uma competência discricionária.....	16
3. Breve apreciação crítica.....	19
4. Análise crítica de alguns acórdãos: em particular, a discricionariedade como limite ao controlo judicial.....	23
4.1. Acórdão do TCAS de 23/02/2010, P.01844/07: Discricionariedade técnica, conceitos indeterminados e poderes de sindicância judiciais.....	23
4.2. Acórdão do STA de 12/4/2007, P.0941/05: Improcedência do pedido condenatório com base em vícios formais do acto impugnado	29
5. Sentenças analisadas: critério objectivo e subjectivo	35
5.1. Critério objectivo.....	35
5.1.1. Decisões baseadas na legalidade do acto impugnado.....	35
5.1.2. Decisões baseadas na categoria de acto administrativo.....	37
5.1.3. Decisões baseadas no mérito da pretensão	40
5.2. Critério subjectivo	42

5.2.1. Apreciação pela Administração	42
5.2.2. Apreciação pelo tribunal	43
6. Conclusão	46
BIBLIOGRAFIA	50
Índice de Jurisprudência	54
Anexo.....	55



BIBLIOGRAFIA

- **ALMEIDA, Mário Aroso de,**
 - *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010;
 - *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 3ª Edição revista e actualizada, Almedina, 2004;
 - “O objecto do processo no novo contencioso administrativo” in *CJA* nº 36, p. 12;
 - *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Almedina, 2002.

- **ALMEIDA, Mário Aroso de,** e **CADILHA, Carlos Alberto Fernandes,** *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 1ª Edição, Almedina, 2005.

- **AMARAL, Freitas do,** *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2001.

- **AMORIM, João Pacheco de,** “A substituição judicial da Administração na prática de actos administrativos devidos”, in *Reforma do Contencioso Administrativo, Volume I – O debate universitário (Trabalhos preparatórios)*, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, 2003.

- **ANDRADE, José Carlos Vieira de,**
 - *A Justiça Administrativa*, 5ª Edição, Almedina, 2004.
 - “A acção de condenação à prática de acto devido”, in *A Reforma da justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2005, p. 169.

- **ANTUNES, Luís Filipe Colaço,** “A acção de condenação e o direito ao acto” in *Colóquio Luso Espanhol, O Acto no contencioso administrativo - tendências e reforma*, org. Antunes Colaço e Sáinz, Almedina, 2005, p. 215.

- **BARBOSA, Paula,** *A acção de condenação no acto administrativo legalmente devido*, a.a.f.d.l., Lisboa, 2007.

- **BRITO, Wladimir**, *Lições de Direito Processual Administrativo*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008.

- **CORREIA, Sérvulo**,
 - “O incumprimento do dever de decidir”, in *CJA n.º 54*, p. 6;
 - “O controlo jurisdicional da Administração no Direito Inglês” in *Estudos de Direito em honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, Ática, 1973.

- **ENTERRÍA, Eduardo García de**, e **FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1998.

- **FELIPE, Miguel Beltran de**, *El poder de sustitucion en la ejecucion de las sentencias condenatórias de la administracion*, Civitas, Madrid, 1995.

- **IBAÑEZ, Santiago J. Gonzalez-Varas**, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1ª edição, 1993.

- **LORA, Alejandro Huergo**, *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Elcano: Aranzadi, 2000.

- **MACHETE, Rui Chancerelle de**, “A condenação à prática de acto devido – algumas questões”, in *CJA n.º 50*, p. 3.

- **MEALHA, Esperança**, “A condenação à prática de acto devido na jurisprudência” in *Separata da Revista do Ministério Público*, ano 30, Janeiro-Março 2009, nº 117, p.181.

- **MOUZOURAKI, Paraskevi**, *L’efficacité des décisions du juge de la legalité administrative dans le droit français et allemand*, Paris: L.G.D.J, 1999.

- **NETO, Dora Lucas**, “Um novo olhar sobre o objecto do processo na acção administrativa especial de condenação à prática de actos administrativos”, in *Revista do CEJ*, n.º 13, 2010.
- **OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa e AMORIM, J. Pacheco de**, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, II vol., Almedina, 1993-1995.
- **OLIVEIRA, Mário Esteves de e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de**, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais anotados*, Vol. I, Almedina, 2004.
- **OTERO, Paulo**, *Legalidade e Administração Pública – sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2003.
- **PIRES, Rita Calçada**, *O pedido de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido – desafiar a modernização administrativa?*, Almedina, 2004.
- **PORTOCARRERO, Maria Francisca**, “Reflexões sobre os poderes de pronúncia do tribunal num novo meio contencioso: a acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido na sua configuração no artº 71º do código de processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, I - Lisboa (Janeiro), 2007, p. 364.
- **SOARES, Rogério Ehrhardt**, “Administração Pública e controlo judicial”, in *RLJ*, 3845, 1994, p. 226.
- **SOUSA, António Francisco de**, “O Controlo jurisdicional da Discricionariedade e das Decisões de Valoração e Prognose”, in *Estudos de Contencioso Administrativo*, Lisboa, 2000, p. 315.

- **SOUSA, Marcelo Rebelo de**, “Acção para a determinação da prática do acto administrativo legalmente devido”, in *A reforma do contencioso administrativo – O debate Universitário (Trabalhos preparatórios)*, Vol. I, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, p. 169.
- **SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de**, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª edição, Publicações D. Quixote, 2009.



ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/4/2007, Processo n.º. 0941/05
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 05/03/2009, Processo n.º. 00115/06.1BEVIS
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 05/11/2009, Processo n.º. 02350/04.8BEPRT
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 14/01/2010, Processo n.º. 1605/05.9BEPRT
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 23/02/2010, Processo n.º. 01844/07
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 18/03/2010, Processo n.º. 01896/06
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15/04/2010, Processo n.º. 01865/06
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 27/05/2010, Processo n.º. 00240/08.4BEPNF
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 09/06/2010, Processo n.º. 00374/08.5BEPNF
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 08/07/2010, Processo n.º. 02722/07
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28/09/2010, Processo n.º. 0266/09
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 18/11/2010, Processo n.º. 06637/10
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 17/03/2011, Processo n.º. 06981/10
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18/03/2011, Processo n.º. 01447/06.4BEVIS
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 12/05/2011, Processo n.º. 07382/11
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 09/06/2011, Processo n.º. 01375/06.3BEPRT
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 07/10/2011, Processo n.º. 00264/09.4BEMDL
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 25/11/2011, Processo n.º. 02527/05.9BEPRT
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 25/11/2011, Processo n.º. 02094/04.0BELSB
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 1/03/2012, Processo n.º. 05821/10

- Todos os acórdãos citados, disponíveis no sítio da internet: <http://www.dgsi.pt>

ANEXO

(excertos dos Acórdãos referidos no ponto 2 da presente dissertação)

2.1.

2.1.1)

▪ **Acórdão do TCA Sul de 18/03/2010, P. 01896/06** - condenou a Recorrida ERC (Entidade Reguladora para a Comunicação Social): *“à prática dos actos que titulam a renovação da licença operada na decorrência da formação do acto tácito de deferimento, licença e acto tácito identificados supra em 1., nomeadamente a passagem e entrega à ora Recorrente SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA da respectiva certidão”*, por entender que o interessado, no caso, tinha direito ao acto de renovação da respectiva licença, acto esse que, nas palavras do tribunal *“constitui um acto autorizativo intensamente vinculado, pois que a pronúncia é obrigatória em face do pedido e a renovação só pode ser recusada com fundamento em incumprimento “manifesto” e “injustificado” das condições e requisitos de atribuição – isto nos termos de uma avaliação negativa que o juiz pode sujeitar a reexame, por ter de ser manifesta e que não representa, por isso, uma ‘avaliação própria do exercício da função administrativa’ concedida pela lei à AACCS”* (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Sul de 15/04/2010, P. 01865/06** – não no tocante à própria decisão, mas quanto ao teor da sentença proferida em 1ª instância pelo TAF de Sintra, *“decisão que condenou a entidade Ré a corrigir a grelha de correcção da prova escrita de conhecimentos, versão A., respeitante ao concurso referido, por forma a considerar como correctas as respostas B) e C) no que se refere à questão 12, a que respeita a alínea c) do probatório e repetir todas as operações inerentes ao concurso, tendo em conta a nova grelha de classificação, nomeadamente corrigir as provas de todos os candidatos que realizaram a versão A, bem como elaborar nova lista de classificação final”*. (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Norte de 25/11/2011, P. 02527/05.9BEPRT** – julgou improcedente o recurso interposto pelo Ministério das Finanças e da Administração Pública e manteve

a sentença proferida pelo TAF do Porto, a qual condenou aquele a “ *proceder à nomeação das Autoras/recorridas em lugares da categoria de segundo-verificador superior da carreira técnica superior aduaneira do quadro de pessoal da Direcção-Geral das Alfandegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, com efeitos reportados à data em que foi homologada a lista de classificação final, isto é, 07.01.2005*”. (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Norte de 07/10/2011, P. 00264/09.4BEMDL** - confirmou a condenação proferida em 1ª instância no sentido de “*integrar a A./ora recorrida no lugar da categoria de professora do quadro do Agrupamento Vertical de Escolas M...*”. No respectivo sumário consta que “*tendo havido transferência de alunos para Escola diferente daquela em que a A. exercia as funções de professora, dando origem a que a mesma ficasse sem componente lectiva, obrigando-a a concorrer para outra Escola, tem de entender-se que houve reordenamento da rede escolar [Portaria nº 127-A/2007 de 25/01] nos termos e para os efeitos previstos no nº 3 do artº 4º do DL nº 51/2009 de 27/02, o que determina que a A. deveria ter sido automaticamente integrada no lugar da categoria de professor do quadro do respectivo agrupamento de escolas, onde exercia funções.*”. (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Norte de 09/06/2011, P. 01375/06.3BEPRT** - confirmou a sentença do TAF do Porto e condenou a OTOC a inscrever o requerente como TOC, na Câmara do Técnicos Oficiais de Contas [CTOC], no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado, sustentando que “ (...) *esta apreciação emana objectivamente da ponderação da força probatória dos três documentos apresentados pelo requerente, e não depende do juízo discricionário da Comissão de Inscrição. É por isso que o tribunal pode e deve fazê-la, e alterá-la devido ao erro manifesto em que incorreu a entidade que a ela procedeu. Incluído, assim, o ano de 1993, e adicionado aos anos de 1989 e 1994, já considerados na deliberação impugnada, resultam verificados os requisitos exigidos pelo artigo 1º da Lei nº27/98, de 03.06, para que o ora recorrido possa e deva ser inscrito como TOC. Dizemos possa e deva porque é isso que resulta do artigo 2º nº1 da mesma Lei, segundo o qual verificados os requisitos referidos no artigo 1º, não pode a inscrição como técnico oficial de contas na ATOC, desde que requerida no prazo fixado, ser recusada*”. (destaque nosso).

2.1.2)

▪ **Acórdão do TCA Sul de 17/03/2011, P. 06981/10** - entendeu que “ *Estando demonstrado que o autor e ora recorrente prestou mais de cinco anos de serviço na Administração Pública da ex-província da Guiné-Bissau e que efectuou os competentes descontos para a compensação de aposentação, estão reunidos os requisitos que o DL n.º 362/78, de 28/11, fazia depender o reconhecimento e a concessão do pagamento duma pensão de aposentação*”, devia a sentença proferida em 1ª instância ser revogada e o pedido formulado pelo autor ser julgado procedente, pelo que **condenou** “ *(...) a CGA a reconhecer e a pagar ao autor uma pensão pelo tempo de serviço prestado na ex-província da Guiné-Bissau, a que acrescerão os respectivos juros de mora, desde a presente data*”. (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Norte de 18/03/2011, P. 01447/06.4BEVIS** - o tribunal **condenou** a Administração “*no pedido formulado pelo autor, de ser possível corrigir correctamente a sua candidatura, ser reintegrado no concurso do qual foi excluído e ser graduado no lugar que lhe competir, com todas as restantes consequências fáctico-legais daí advenientes*”. (destaque nosso).

2.1.3)

▪ **Acórdão do STA de 28/09/2010, Processo n.º. 0266/09** – considerou improcedente o pedido de condenação à prática de acto devido, com o seguinte fundamento: “ *A Autora não logrou, pois, provar que tinha os requisitos legais previstos no art.º66º, n.º1 d) do ETAF, tal como atrás definidos, para ser admitida ao concurso aqui em causa, ou seja, pelo menos dez anos de comprovada experiência profissional na área do direito público abrangida pela jurisdição. (...) Não tendo a Autora provado ter o direito em que fundamentou o seu pedido de condenação à prática do acto devido, a presente acção não pode proceder*”. (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Sul de 08/07/2010, P. 02722/07** – rejeitou o recurso interposto pela recorrente e o pedido de condenação respectivo. No sumário pode ler-se: “*Porque a*

*revisão da situação militar ao abrigo da Lei n.º 43/99, de 11/6, corresponde ao exercício de um poder vinculado, só podendo ser concedida quando estão reunidos os pressupostos nela previstos, não pode proceder a acção administrativa especial para condenação à prática de acto devido com fundamento apenas no princípio da igualdade de tratamento por essa revisão ter sido concedida a militares que se encontravam na mesma situação do recorrente”. E, mais à frente: “ No caso em apreço, o recorrido, quando aplicou a Lei n.º. 43/99, actuou no exercício de um poder vinculado, pois não tinha a liberdade de deferir ou indeferir os requerimentos ao abrigo dela formulados consoante o que considerasse mais adequado ao interesse público. (...) Quer dizer: o direito do recorrente à prática do acto pretendido só existia se ele reunisse os requisitos de aplicação a Lei n.º. 43/99. Assim, **o facto de eventualmente existirem outros militares nas mesmas condições do recorrente a quem foi concedida a revisão da carreira militar ao abrigo da Lei n.º. 43/99 nunca pode constituir fundamento para a prática do acto pretendido (alegadamente devido) nem, conseqüentemente, para a procedência da acção ”.** (destaque nosso).*

2.1.4)

▪ **Acórdão do TCA Sul de 18/11/2010, P. 06637/10** - revogou a sentença da 1ª instância que havia condenado a ré a praticar o acto devido e julgou o mesmo pedido improcedente, com o seguinte entendimento: “ *Daí que tenha que se entender que o preenchimento e/ou a demonstração dos requisitos legais para a concessão desse direito de carácter excepcional tivesse que estar demonstrado enquanto o mesmo pôde ser legalmente exercido, sendo aliás esse o entendimento unânime sufragado por este TCA Sul, nos acórdãos de 6-7-2006, proferido no âmbito do recurso n.º 01710/06, de 6-6-2007, proferido no âmbito do recurso n.º 02390/07, de 27-9-2007, proferido no âmbito do recurso n.º 02228/07, e de 3-10-2007, proferido no âmbito do recurso n.º 02112/06, de 9-7-2009, proferido no âmbito do recurso n.º 04976/09, e de 14-1-2010, proferido no âmbito do recurso n.º 03168/2007, só para citar os mais relevantes. Deste modo, há que concluir que na data em que demonstrou possuir os requisitos para a aposentação já não era possível o reconhecimento do direito invocado, posto que em 1-11-90 se extinguiu a possibilidade de os respectivos interessados poderem requerer a pensão de aposentação ao abrigo do DL n.º 362/78, de 28/11, por força da revogação*

do artigo único deste DL n° 362/78 pelo artigo 1° do DL n° 210/90, de 27/6.

Consequentemente, é possível desde logo concluir que a pretensão da autora estava condenada a improceder, razão pela qual não deveria ter-se condenado a CGA na prática dum acto que naquele caso já não seria devido, mas julgar a acção improcedente. Com efeito, uma vez que o objecto do processo consiste na pretensão da autora em ver reconhecido o direito à aposentação de acordo com as regras constantes do DL n° 362/78, de 28/11, e se esta terá necessariamente que improceder, não podia a presente acção proceder, por o acto devido corresponder a um direito que naquele momento já não existia na esfera jurídica da autora e aqui recorrida [Cfr., neste sentido, o acórdão deste TCA Sul, de 18-12-2008, proferido no âmbito do recurso n° 03199/07” (destaque nosso).

2.2.

2.2.1)

▪ **Acórdão do STA de 12/4/2007, P. 0941/05** - rejeitou a pretensão condenatória do requerente: “ (...) *atentas as razões da anulação daquele acto homologatório, carece de fundamento o pedido de condenação à prática do acto devido já que nada impede que o acto ora anulado possa ser renovado e dessa renovação possa surgir um novo acto com o mesmo conteúdo decisório. Ou seja, e dito de outro modo, sendo de carácter meramente formal as razões que determinaram a anulação do acto impugnado e sendo que nada garante que a proposta do CD esteja inquinada pelos vícios de natureza substancial que lhe são imputados carece de fundamento o deferimento do pedido da condenação dos RR. na prática do acto devido”* (destaque nosso).

2.2.2)

▪ **Acórdão do TCA Norte de 14/01/2010, P. 1605/05.9BEPRT** - confirmou a sentença do TAF do Porto e julgou improcedente o pedido de condenação da autora ao reconhecimento “*desde 1/9/98 (d)o regime de destacamento na Escola EB, 2,3 de Valongo, para todos os efeitos legais, conforme o art.4° n°3 do decreto_ lei n°13/98 de 24/1 bem como o suplemento de residência e completação de vencimentos assim como*

os descontos a pagar à SS pelo Estado Português, tudo a apurar em execução de sentença”. O que fez com o seguinte fundamento: “ (...) o referido despacho não foi proferido no âmbito de qualquer vinculação mas antes no âmbito de um poder discricionário em que se deferiu um pedido de destacamento que corresponde a uma situação intermédia que exclui do mesmo a completação remuneratória por ser expressamente referido que se tratava de um destacamento que era feito com ‘encargos totalmente suportados pela entidade que solicita o serviço’, sendo perfeitamente possível à entidade em causa no âmbito do referido procedimento regular a situação da forma como entendesse por não haver qualquer vinculação legal. Pelo que, e no sentido do acórdão do TCAN supracitado à situação da R. não foram aplicados os regimes do destacamento ou da contratação, porque os pressupostos não se verificavam, mas sim um quadro jurídico elaborado discricionariamente a partir do regime do destacamento que, sem ferir direitos fundamentais, resolveu a contento os seus interesses. Assim, não foram violadas as normas do regime remuneratório estabelecido no Decreto-Lei nº 13/98 por não serem aplicadas ao caso sub judice. Em suma, **não pode ser reconhecido à R. desde 01/09/2005, como pretende em sede de recurso jurisdicional, (sendo que em 1ª instância o pedido é feito a partir de 1/9/98) o regime de destacamento na Escola EB 2, 3 de Valongo para todos os efeitos legais nos termos do art. 4º nº3 do DL 13/98 de 24/1 por tal figura depender de concurso e de uma graduação que lhe permita aceder às vagas, que não ocorreu**” (destaque nosso).

2.2.3)

▪ **Acórdão do TCA Sul de 15/04/2010, P. 01865/06** - revogou a sentença da 1ª instância que havia considerado o pedido de condenação procedente e em cujo sumário se pode ler: “*A sindicabilidade contenciosa do agir da Administração Pública pára exactamente na fronteira da reserva da administração consubstanciada numa margem de livre decisão administrativa. No tocante ao mérito, a via de compromisso entre os princípios da separação de poderes e da garantia de controlo judicial da actividade administrativa, cfr. artºs. 111º e 268º nº 4 CRP, traduz-se em que a sindicabilidade pelos Tribunais concentra-se sobre a eventual violação dos limites internos e externos do poder discricionário concedido em vista do interesse público a realizar.*” No referido Acórdão, o tribunal fundamenta a sua decisão da seguinte forma: “**Não se nos**

afigura, por isso, legítimo ao Tribunal encarregado de controlar a legalidade de um acto de administração ir ao ponto de definir – nos casos em que a lei quis atribuir discricionariedade – um conteúdo, um objecto ou uma forma únicos compatíveis com o fim a prosseguir, e, em função deles, apreciar o acto em questão. (...) a circunstância de a Administração Fiscal considerar para efeitos de notação apenas e tão só a resposta B) e não ambas, reporta ao campo do mérito do agir administrativo no uso de poderes discricionários, o que significa que é da competência exclusiva da Administração Fiscal aquando da feitura dos exames e da consideração da grelha de correcção entender que do seu posto de vista só a resposta B) tem cabimento num quadro de rigor técnico-fiscal. (...) Razão por que o Tribunal não pode, como já foi dito, em obediência ao princípio da separação de poderes - para além do desacerto de direito fiscal -, entender que seriam de admitir ambas as respostas, a B) e a C), como certas, não havendo que assacar erros de facto e de direito sobre os pressupostos no que tange ao modo como o júri exerceu a competência de avaliação da Recorrida, repercutidos no acto final de homologação da lista de classificação concursal e, conseqüentemente, no indeferimento do recurso hierárquico interposto” (destaque nosso).

2.2.4)

▪ **Acórdão do TCA Sul de 23/02/2010, P. 01844/07** - de cujo sumário consta que “A norma do art.º 69.º do CIRC, na redacção do art.º 221/2001, de 7 de Agosto, impõe como requisito para o deferimento da transmissão dos prejuízos fiscais, no caso de fusão por incorporação, que a operação seja realizada por razões económicas válidas; **O preenchimento deste estalão legal constitui matéria de discricionariedade técnica por banda AT, com uma ampla margem de livre apreciação, o qual não pode ser fiscalizado pelos tribunais, salvo erro grosseiro ou manifesta desadequação ao fim legal (...)**”. No texto da decisão, sustenta-se ainda que “*não cabe ao tribunal sobrepor à Administração o seu juízo na interpretação de tais conceitos técnicos e indeterminados, já que não nos encontramos no estrito campo da subsunção pelo intérprete do preenchimento dos conceitos jurídicos, a não ser perante a ocorrência de "erro grosseiro ou manifesto que é um erro crasso, palmar, ostensivo, que terá necessariamente de reflectir um evidente e grave desajustamento da decisão*

administrativa perante a situação concreta, em termos de merecer do ordenamento jurídico uma censura particular mesmo em áreas de actuação não vinculadas"(destaque nosso).

2.2.5)

▪ **Acórdão do TCA Norte de 05/11/2009, P. 02350/04.8BEPRT** - manteve apenas parcialmente a decisão da 1ª instância e, assim restringiu-se à mera **condenação do “recorrente a proceder à análise/decisão do requerimento formulado pelo recorrido e que deu origem ao acto administrativo impugnado, considerando que ao mesmo assiste legitimidade procedimental para o efeito”**, o que justificou da seguinte forma: *“Na verdade, o recorrido pretendia com esta acção obter a anulação do acto administrativo impugnado e a condenação da entidade recorrente a emitir ‘certidão de alteração da propriedade horizontal’, sendo certo que no acórdão condenou-se o recorrente a ‘proceder à realização de vistoria’ e ‘concluindo que o mesmo se encontra executado de acordo com o projecto e alterações aprovadas, emitir a correspondente licença de utilização, certificando em documento próprio a referida conformidade’. Como se vê há uma desconformidade entre o que foi pedido e aquilo em que o recorrente foi condenado, condenou-se em objecto diverso do que havia sido pedido, cfr. arts. 661º e 668º, n.º 1, al. e) do CPC, e por isso, nessa parte, será o acórdão revogado, sem no entanto ter qualquer repercussão no desfecho positivo da procedência da acção. É certo, também, que não cabe ao tribunal substituir-se à Administração quando estejam em causa apreciações técnicas da sua competência, uma vez que isso limitaria de forma intolerável a sua actividade legalmente definida. No entanto, tendo-se concluído que o recorrido pode formular os requerimentos nos termos em que o fez desacompanhado dos restantes condóminos, não há dúvida que o tribunal pode condenar em menos, ou em objecto equivalente, do que aquilo que vinha pedido, e essa condenação passa pela imposição à Administração da apreciação/decisão do requerimento por si formulado, sem que possa invocar a sua falta de legitimidade para o efeito”* (destaque nosso).

2.2.6)

▪ **Acórdão do TCA Norte de 05/03/2009, P. 00115/06.1BEVIS** - entendeu manter a decisão recorrida proferida pelo TAF de Viseu, que anulou o despacho em que um dos seus vereadores ordenou a demolição de um muro construído pelo autor e **condenou o Município de Ovar a apreciar o pedido formulado pelo autor “bem como a proferir novo acto limpo das ilegalidades que conduziram à dita anulação”**. Sustenta o Tribunal: “ (...) ao condenar o município réu a apreciar o pedido formulado pelo autor e, conseqüentemente, a proferir novo despacho com sanção dos vícios apontados, o tribunal recorrido não invadiu a esfera de atribuições daquele, com violação do princípio da separação de poderes. Efectivamente, traduzindo-se o pedido formulado pelo autor na apreciação da sua comunicação prévia [14.09.05], e os vícios apontados na falta de audiência prévia e erro sobre os pressupostos de facto, o tribunal recorrido limitou-se a condenar o município réu, na prática, a formular projecto de decisão desse requerimento, e sobre ele ouvir o requerente. Nada impôs sobre o mérito da decisão, que contendesse com as competências do seu autor” (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Norte de 25/11/2011, P. 02527/05.9BEPRT** – limitou-se a identificar o vício da decisão administrativa impugnada e em condenar à prática de novo acto isento da ilegalidade verificada. A propósito, escreve o tribunal, em ordem a fundamentar a sua decisão de “**condenar a ré a reponderar, de acordo com a lei, o pedido de abono que lhe foi dirigido pela enfermeira A... relativo ao período de 28.07.2003 a 14.08.2003**”: “ (...) a ilegalidade constatada verifica-se nesse despacho, que por via disso deve ser anulado, na medida em que viola o artigo 29º nº6 do DL nº100/99 (...). Deverá, portanto, ser realizada nova ponderação do pedido de abono de vencimento de exercício perdido, e relativo ao período que vai de 28.07.2003 a 14.08.2003, no cumprimento total das vinculações resultantes do nº6 do artigo 29º do diploma citado. E apenas com este conteúdo deverá proceder também o pedido de condenação à prática do acto legalmente devido, uma vez que este tribunal não deve, nem pode, substituir-se ao juízo de ponderação do decisor administrativo naquilo que ele tem de discricionário. E cremos que mesmo havendo alguma auto-vinculação da administração, neste caso, ela não é de forma a impor um único sentido de decisão”. (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Norte de 09/06/2010, P. 00374/08.5BEPNF** - incidiu sobre a decisão do TAF de Penafiel que anulou o acto impugnado por estar insuficientemente fundamentado e violar o princípio da igualdade e “*condenou o réu a proferir novo acto administrativo sobre o pedido de licença sem vencimento de longa duração formulado pela autora, no prazo de 10 dias úteis a contar do trânsito em julgado do acórdão, vinculando-o a atender, na fundamentação do novo acto, à concreta situação funcional da autora em relação ao Tribunal Judicial de Lousada, e a ter em conta, num plano de igualdade, o critério da anunciada integração de novos oficiais de justiça*”. Por sua vez, o TCA manteve apenas a decisão relativamente à vinculação ao princípio da igualdade, com a seguinte fundamentação: “ (...) *tendo sido fundamental para a primeira decisão, de deferimento, a consideração da proximidade temporal do reforço de recursos humanos, a Administração, no âmbito do exercício desse seu poder discricionário, autovinculou-se a utilizar um critério substancialmente idêntico para a resolução dos casos idênticos, sendo certo que a alteração, ou a não utilização desse critério sem base material justificativa, passou a violar o princípio da igualdade. (...) Porém, apesar desta conclusão, não é líquido, segundo cremos, que a decisão de deferimento do pedido de licença sem vencimento de longa duração formulado pela recorrente surja como vinculado para a Administração. É que, embora a pura lógica nos pareça impor, por argumento de maioria de razão, esse deferimento, dado que a respectiva decisão está temporalmente mais próxima do alegado reforço de funcionários, certo é que nos dois meses e meio que mediam as duas decisões em presença nada nos assegura que a respectiva base material não se tenha alterado de forma a justificar uma diferente decisão. Competirá à Administração, pois, ponderar a situação relevante existente ao momento da sua decisão [29.05.2008], sendo certo que, tal como decidiu o acórdão recorrido, deve ficar vinculada, apenas, a ter em conta, nessa ponderação, o referido critério que decidiu o pedido da funcionária J.” (destaque nosso).*

2.2.7)

▪ **Acórdão do TCA Sul de 12/05/2011, P. 07382/11** - o tribunal decidiu “*condenar o Município de X a, no âmbito do procedimento adjudicatório de concurso público para aquisição de material didáctico para os Jardins de Infância da Rede Pública do*

Concelho de Y referido nos autos, emitir o acto de adjudicação do contrato a favor do concorrente A., SA.”, na sequência da resposta afirmativa à questão de “saber se a situação concreta, tal como emerge do probatório, no tocante ao pedido de condenação da entidade administrativa ora Recorrida a adjudicar o contrato à ora Recorrente, se configura como a única solução legalmente exigível, ou seja, saber se as circunstâncias do caso concreto e nos exactos termos trazidos a juízo pelo probatório constituem a entidade Recorrida no dever de adjudicar o contrato à ora Recorrente por o procedimento adjudicatório não lhe conferir liberdade de escolha (margem de livre decisão)”. Desta forma, conclui o TCA que “Em coerência com os elementos constantes do concreto procedimento adjudicatório trazidos ao probatório - a saber, o critério de adjudicação do mais baixo preço adoptado no procedimento, ponderado ainda que, por um lado, nada foi trazido ao processo em contrário da adequação da proposta apresentada pela ora Recorrente com o interesse público prosseguido e, por outro lado, não se apresentam espaços próprios de discricionariedade administrativa ou de margem de livre apreciação sobre as qualidades da proposta na exacta medida do critério de adjudicação escolhido pela entidade adjudicante -, cabe concluir no sentido do dever de adjudicação do contrato que impende sobre o ora Recorrido a favor da proposta apresentada pelo ora Recorrente no âmbito do procedimento adjudicatório de concurso público para aquisição de material didáctico para os Jardins de Infância da rede pública do Concelho de Y” (destaque nosso).

▪ **Acórdão do TCA Norte de 27/05/2010, P. 00240/08.4BEPNF** - confirmou a sentença do TAF de Penafiel que havia **condenado** o Município de Penafiel “... a dar executoriedade à demolição, no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar do trânsito em julgado deste acórdão, proferindo um acto determinativo da posse administrativa do prédio da Contra-interessada ou qualquer outro acto, desde que, com aptidão suficiente para pôr em prática a medida de tutela da legalidade urbanística ...” e em cujo sumário se pode ler, a propósito do regime do art. 106.º do RJUE, que: “ A Administração está vinculada a não ordenar a demolição se a obra, com ou sem alterações, for passível de ser legalizada. Consolidados todavia na ordem jurídica actos ordenadores da demolição de construções realizadas, nos quais se conclui pela insusceptibilidade ou inidoneidade de legalização, temos que o poder de ordenar a demolição e da levar a cabo se mostram ou se apresentam como vinculados, pelo que

não faz sentido procurar-lhe imputar ilegalidades próprias daquele tipo de actos inseridos na denominada “discricionariedade técnica ou administrativa”, mormente, a infracção ao princípio da proporcionalidade. O poder de ordenar a demolição apresenta-se como vinculado logo que se mostre reconhecida a inidoneidade ou impossibilidade da operação de conformação do edificado com o quadro normativo tido por relevante e aplicável ao caso, poder esse que se configura ainda como imprescritível visto do seu não exercício não criar ou conferir direitos, nem pode conduzir à extinção dos respectivos poderes funcionais visto estarem em causa interesses públicos irrenunciáveis e indisponíveis”. Por outro lado, neste caso, os Juízes pronunciaram-se ainda no sentido da não verificação da alegada violação do art. 71º, nº 2 pelo tribunal recorrido, posto que “ (...) a mesma mostra-se, tal como se infere dos seus próprios termos, claramente proferida em consonância com os poderes administrativos conferidos na lei à Administração em sede de tutela da legalidade urbanística e em estrita observância dos limites de pronúncia conferidos ao tribunal “a quo”, pois, por um lado, atentou e considerou a margem de discricionariedade existente na opção entre as medidas de policia urbanística tidas por mais adequadas, necessárias e proporcionais à situação e, por outro lado, na vinculação que impende sobre a Administração decorrente dos actos de demolição firmados na ordem jurídica enquanto caso resolvido e do dever de necessária implementação e concretização material em prazo razoável” (destaque nosso).