
ESTUDOS

EM HOMENAGEM

AO PROF. DOUTOR

SÉRVULO CORREIA

VOLUME II



E D I Ç Ã O
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Coimbra Editora

2010

IV

Direito Administrativo

	Págs.
<i>Alexandra Leitão</i> , Da admissibilidade de pessoas colectivas de iniciativa pública beneficiarem do estatuto de utilidade pública	11
<i>Ana Fernanda Neves</i> , Os princípios da contratação pública	29
<i>Ana Gouveia Martins</i> , A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas	59
<i>André Salgado de Matos</i> , A natureza jurídica da delegação de poderes: uma reapreciação	119
<i>António Cadilha</i> , Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa	161
<i>António Cândido de Oliveira</i> , A mais recente evolução da justiça administrativa na Inglaterra: os tribunals	225
<i>Bernardo Diniz de Ayala</i> , Actividade contratual e negociações informais da Administração: dois modos comuns de actuação administrativa com oscilações na tutela jurisdiccional do particular	239
<i>Cláudia Viana</i> , Contrato de trabalho em funções públicas: privatização ou publicização da relação jurídica de emprego público?	277
<i>David Duarte</i> , A revogação de actos administrativos ilegais por incompetência relativa vista das normas de competência	305
<i>Francisco Paes Marques</i> , O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábuas de salvação no tsunami?	325
<i>Gonçalo Coelho</i> , O licenciamento da televisão digital terrestre à luz do artigo 38.º, n.º 7, da Constituição da República Portuguesa	347
<i>João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez</i> , A contratação pública de serviços de assessoria jurídica	373
<i>João Caupers</i> , O contrato administrativo no pensamento de José Manuel Sérvulo Correia	415
<i>João Miranda</i> , O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas	433
<i>José de Melo Alexandrino</i> , A determinação das atribuições das autarquias locais	459
<i>José Luís Bonifácio Ramos</i> , Domínio público e domínio privado: mitos e sombras	487
<i>Lino Torgal/Marisa Martins Fonseca</i> , Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (<i>Unsolicited Proposals</i>)	523
<i>Luís Cabral de Moncada</i> , Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo	573
<i>Luís Filipe Colaço Antunes</i> , O dogma da anulação administrativa	613

	Págs.
<i>Luís Sousa da Fábrika</i> . A contraposição entre acção comum e acção especial no Código de Processo nos Tribunais Administrativos	631
<i>Luisa Neto</i> . A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado	657
<i>Mafalda Carmona</i> . Relações jurídicas poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de actos administrativos	695
<i>Mark Bobela-Mora Kirkby</i> . Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia — Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP — uma alteração do paradigma de qualificação?	759
<i>Mário Aroso de Almeida</i> . Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos	811
<i>Miguel Ângelo Crespo</i> . O regime de gestão limitada nas autarquias locais	847
<i>Miguel Assis Raimundo</i> . Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos	881
<i>Miguel Prata Roque</i> . O Direito Administrativo Europeu — Um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais	903
<i>Paulo Otero</i> . Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por facto ilícito	965
<i>Pedro Gonçalves</i> . Regulação administrativa e contrato	987
<i>Ricardo Branco</i> . As sentenças substitutivas de actos administrativos no contencioso administrativo português	1025
<i>Rui Chancelle de Machete</i> . Sobre a legitimidade dos particulares nas acções administrativas especiais	1117
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> . Identificações metodológicas da doutrina jusadministrativa portuguesa na parte central do século XX: Marcello Caetano, José Carlos Moreira, Armando Marques Guedes e Afonso Queiró	1127
<i>Rui Tavares Lanceiro</i> . A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos	1147
<i>Vasco Pereira da Silva</i> . “É sempre a mesma cantiga” — O Contencioso da Responsabilidade Civil Pública	1205
<i>Vera Eiró/Esperança Mealha</i> . Damages under Public Procurement: the Portuguese case	1231
<i>Vitalino Canas</i> . A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadas de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas	1253

OS PODERES DE PRONÚNCIA JURISDICIONAIS NA ACÇÃO DE CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ACTO DEVIDO E OS LIMITES FUNCIONAIS DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

ANTÓNIO CADILHA

§ 1.º INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o modo como na reforma do contencioso administrativo de 2002/2003 foi configurada a questão dos *limites funcionais da jurisdição administrativa*, enquanto necessário ponto de equilíbrio entre dois grupos de imperiosos valores constitucionais: por um lado, o princípio da separação de poderes (artigo 114.º da Constituição), o qual exige que a cada poder estadual caiba um domínio funcional ou de competências reservado; por outro, os princípios da legalidade e da tutela jurisdicional efectiva (consagrada nos artigos 20.º e 268, n.º 4, da Constituição), que apontam para um aprofundamento do papel de controlo dos tribunais na tutela das posições jurídicas dos cidadãos perante a função estadual predominantemente confiada ao poder executivo.

Neste âmbito, entre as diversas situações processuais em que existem maiores zonas de risco de sobreposição entre as áreas de decisão administrativa e jurisdicional, escolhemos como objecto de análise os poderes de pronúncia dos tribunais administrativos na acção de condenação à prática de acto devido, que se encontram particularmente concretizados no artigo 71.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. A tal opção subjaz fundamentalmente a ideia de que este novo instituto processual, que confere ao juiz poderes de injunção para impor directamente a constituição pela Administração de situações jurídicas administrativas na esfera dos particulares, pode suscitar, no que respeita à salvaguarda do núcleo essencial da função administrativa, diferentes e inovadoras questões, que importa apreciar e procurar esclarecer.

A estrutura deste trabalho inicia-se, assim, com um capítulo dedicado ao enquadramento do tema (§ 2.º), no qual primeiramente se analisam os fundamentos constitucionais dos limites funcionais da jurisdição administrativa (I), e, depois, se apresenta a configuração da pronúncia jurisdicional condenatória dos

artigos 66.º e segs. do CPTA como expressão desses limites, centrando a nossa atenção, em especial, na reflexão sobre o papel-chave desempenhado pelo artigo 71.º neste contexto (II).

Em seguida, o capítulo § 3.º dedica-se à interpretação do conceito fundamental de “formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa” — no qual o artigo 71.º do CPTA assenta a delimitação, mínima e máxima, dos poderes de pronúncia dos tribunais na acção de condenação à prática de acto devido —, adoptando como quadro referencial para tal tarefa interpretativa as diversas perspectivas teóricas que, com origem na doutrina jurídico-administrativa alemã, discutem a questão de saber em que circunstâncias e pressupostos a Administração actua ao abrigo de um espaço de liberdade de actuação (que constitui o núcleo essencial da função administrativa).

Delimitado o conceito de “formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa”, o capítulo § 4.º caracteriza a pronúncia condenatória que os tribunais, ao abrigo do artigo 71.º, n.º 1, do CPTA, podem proferir quando a emissão do acto pretendido não implique a formulação de tais valorações (I), e aprecia a questão de saber se, neste domínio, a inexistência de uma averiguação da Administração quanto aos aspectos factuais em que se terá que fundar a pretensão material do interessado deve ou não ser fundamento para se afastar a possibilidade de emissão de tal pronúncia (II).

No capítulo § 5.º analisam-se os poderes de pronúncia de que dispõem os tribunais quando esteja em causa a formulação de valorações próprias da função administrativa (artigo 71.º, n.º 2, do CPTA), procurando-se identificar e sistematizar os fundamentos jurídicos com base nos quais uma injunção judicial pode, neste domínio de actuação administrativa à partida incondicionável, ir ao ponto de especificar apenas uma decisão como juridicamente admissível (I), e distinguindo-se tais situações daqueles outras em que não compete ao Tribunal determinar o conteúdo do acto, mas apenas traçar, em maior ou menor medida, o quadro, de facto e de direito, dentro do qual esse poder de valoração própria deve ser (re)exercido (II). Relativamente a este último grupo de casos, aprecia-se ainda a questão de saber se, perante uma pretensão à adopção de uma conduta administrativa relativamente à qual não dispõe de elementos materiais que lhe permitam definir vinculações a observar pela Administração, o juiz tem legitimidade para proceder à averiguação dos factos em que se fundamentará a valoração que àquela compete (III).

Mais do que apreciar em que medida a configuração dada pelo legislador aos poderes de pronúncia do tribunal no domínio da acção de condenação à prática de acto devido é susceptível de respeitar os limites funcionais da jurisdição administrativa — questão que, quanto a nós, dependerá mais da forma como o artigo 71.º, nos seus diferentes segmentos normativos, será em concreto aplicado pelos tribunais (inexistindo dados que, até ao momento, permitam reti-

rar conclusões definitivas a este propósito) —, este estudo pretende dar um contributo para parametrizar os pressupostos em que os distintos pronunciamentos judiciais relativos a pretensões de condenação podem (e devem) ser emitidos.

§ 2.º ENQUADRAMENTO

I. Fundamentos dos limites funcionais da jurisdição administrativa

1. O princípio da separação de poderes e o princípio do controlo judicial da actividade administrativa: tensão e concordância prática

1. Durante o séc. XIX, época em que perdurava uma ética liberal que exigia do Estado a abstenção em tudo o que fosse para além da garantia da liberdade, segurança e propriedade dos indivíduos, era grande a importância concedida à *teoria da separação de poderes* numa formulação simplista e, particularmente, à sua expressão mais significativa, a oposição entre executivo e legislativo. O fundamento da separação entre estes dois poderes era o da defesa da sociedade, entendida como uma comunidade de homens livres, a quem devia ser atribuída a faculdade de fazer as leis. Vigorava, então, a concepção de que era necessário garantir a intangibilidade da sociedade, na convicção de que só esta, liberta de intromissões do poder, conseguiria alcançar um equilíbrio óptimo (1).

A constituição de uma reserva da função legislativa a favor do parlamento ficaria incompleta se não existisse a garantia de que a Administração ficava subordinada àquelas mesmas leis que o parlamento criou. Estavam, assim, lançados os pressupostos do *princípio da legalidade*, na sua vertente de *precedência de lei*, de acordo com a qual os órgãos administrativos não podem praticar quaisquer actos que contrariem as normas legais, e de *reserva de lei*, traduzida na exigência de que nenhum acto deve ser praticado sem ser com base numa lei pré-existente. A lei, de conteúdo necessariamente geral e abstracto, pretendia, por razões de segurança e certeza jurídicas, ser a exclusiva portadora de critérios jurídicos de solução dos litígios, de forma a que os órgãos encarregados de a aplicar e executar vissem reduzido o âmbito da sua função a uma actividade automática (2).

(1) Cfr. ROGÉRIO SOARES, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, págs. 70 e segs.

(2) Cfr. BARBOSA DE MELO, “Introdução às Formas de Concertação Social”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1984, pág. 81; NUNO PIÇARRA, “A Separação de Poderes na Constituição de 1976”, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pág. 151.

A impossibilidade de realização prática deste modelo normativo, decorrente do facto de as normas legais não poderem apresentar sempre uma absoluta determinabilidade, acabou, no entanto, por suscitar o problema da efectiva subordinação da Administração à lei, suscitando-se a questão de saber até onde estaria esta autorizada a afirmar-se como um poder independente. Porém, perante a Administração dos princípios do séc. XIX, tal questão não parecia assumir significativa importância, tão limitados eram os terrenos em que ela se movimentava, visto que, atenta a contenção de finalidades que correspondia ao ideário liberal, raramente a Administração encontraria motivos para agir que não se projectassem numa zona já pré-ocupada pelo legislador⁽³⁾.

2. No entanto, a partir do início do séc. XX, começam a surgir profundas mudanças no que respeita ao posicionamento do Estado perante a sociedade. Na sequência da “grande crise” americana e das guerras mundiais, verificou-se que as forças sociais, entregues a si próprias, não eram suficientes para garantir o bem-estar dos indivíduos. Neste contexto, cada vez mais se pensa o Estado como elemento da própria sociedade, e se exige da máquina estadual medidas de planeamento modeladoras do processo económico e social, uma intervenção directa e dirigente na economia, e um sistema de prestações a todos os níveis da vida comunitária⁽⁴⁾. Opera-se, então, uma deslocação do centro de gravidade do Estado, desde as tarefas de criação normativa para as da conformação da sociedade, instituindo-se o modelo do “Estado misto”⁽⁵⁾. Alarga-se o campo da actividade administrativa, que passa a integrar, ao lado da tradicional administração de autoridade, a chamada *administração de prestação* ou *administração constitutiva*.

Sendo a Administração contemporânea prestadora, conformadora e encarregada das mais diversas tarefas económicas, sociais e culturais, para o que dispõe dos mais diversos instrumentos de actuação, ela não pode deixar de dispor, perante a lei, de uma margem de independência que a afirme como poder relativamente autónomo, não limitado a receber ordens do parlamento legislador. A *reserva de administração* em que tal margem de autonomia e auto-responsabilidade se traduz exprime concretamente “uma proibição de normação para o legislador ou um limite à predeterminação da actividade administrativa pela lei, do ponto de vista da intensidade e densidade normativa desta”⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *ob. cit.*, pág. 173.

⁽⁴⁾ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, pág. 37.

⁽⁵⁾ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *ob. cit.*, pág. 180.

⁽⁶⁾ Cfr. NUNO PIÇARRA, *ob. cit.*, pág. 337. No mesmo sentido, ROGÉRIO SOARES, *ob. cit.*, pág. 189.

O “Estado Social de Direito”, pelo cunho prestador e dinâmico que confere à administração pública, exige que esta seja detentora de um espaço de livre decisão. Com efeito, no desempenho das suas novas funções, a Administração pauta-se por um princípio de perequação, que visa a criação da igualdade de oportunidades, em cada momento, em função dos recursos disponíveis. Ora, no exercício de tal tarefa, os titulares dos órgãos públicos defrontam-se, permanentemente, com a chamada “reserva económica do possível”, tendo de optar, dados os constrangimentos financeiros, por privilegiar uns em detrimento de outros, o que implica, necessariamente, uma capacidade de escolha que o legislador não pode nem deve eliminar⁽⁷⁾.

Por outro lado, o “alargamento” das funções sociais do Estado, que se traduz no desenvolvimento de uma administração constitutiva, faz surgir um conjunto vasto e diferenciado de situações em que não é possível ao legislador definir em abstracto, com clareza, as condições de verificação do interesse público⁽⁸⁾.

3. Esta evolução foi acompanhada por uma reformulação da teoria da separação de poderes. Perante o reconhecimento de que a actividade administrativa nem sempre é aplicadora e executora da lei, mas também constitutiva e criativa de Direito, torna-se inadequado reduzir o princípio da separação de poderes à exigência de total separação entre aquelas funções. A concepção simplista de que o legislador cria todo o direito, o administrador apenas executa e o juiz controla estava posta em causa.

Assim, também por este motivo, aquele princípio passa a ser entendido num sentido não mecanicista, como um princípio de *equilíbrio*, que não proíbe, antes promove uma interdependência e colaboração entre as várias funções estaduais, no quadro de um sistema de pesos e contrapesos que visa evitar a excessiva concentração de poder num ou nalguns dos órgãos do poder público.

A interdependência orgânica-funcional que caracteriza a configuração actual do princípio da divisão de poderes não exclui, no entanto, a ideia de que cada função do Estado continua a ter de ser predominantemente exercida por um certo tipo de poder, corporizado em determinados órgãos. Isto significa que não é possível atribuir a um outro órgão tarefas que possam privar o detentor principal de uma certa função daquele núcleo material essencial de competências, sem o qual perderia a sua especialização funcional⁽⁹⁾. Mantém-se, portanto, a neces-

⁽⁷⁾ Cfr. BERNARDO AYALA, *O (Défice) de Controlo da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995, pág. 58.

⁽⁸⁾ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 43.

⁽⁹⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Separation of Powers and Judicial Review of Administrative Decisions in Portugal”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1993,

sidade de operar uma delimitação material entre as várias funções públicas no sentido de definir, para cada uma delas, um núcleo exclusivo, insusceptível de ser invadido por ou atribuído a outros poderes.

No que respeita à função estadual predominantemente confiada ao poder executivo, este núcleo essencial concretiza-se exactamente na *reserva da administração*, como espaço de decisão autónoma da Administração, em que esta não pode ser hetero-determinada pelo poder legislativo ou judicial.

4. Importa, no entanto, destacar que a recusa da subordinação total do administrador ao legislador, consolidada em resultado das novas exigências impostas ao Estado ao longo do séc. XX, não teve como consequência uma abertura ao arbítrio total da Administração, permitindo o regresso às formas que o Estado de Direito pretendeu banir. O reconhecimento de que a actividade da Administração é uma parte integradora de um sistema mais subtil que o da construção geométrica “criar direito — aplicar direito — verificar direito”, não significa que a Administração não esteja, mesmo onde pareça que lhe é reconhecida uma liberdade, subordinada ao direito ⁽¹⁰⁾.

Na verdade, o surgimento da administração prestadora foi acompanhado pelo abandono de uma visão restrita do princípio da legalidade — as leis deixaram de ter como única finalidade a defesa da liberdade dos particulares, passando a conformar a multiplicidade de interesses públicos que contracenam num Estado de bem-estar. O princípio da legalidade, designadamente na sua vertente de reserva de lei, sofreu por essa via uma série de mutações, levando a que a noção de reserva de lei enquanto realidade coincidente em absoluto com a reserva de direito tenha perdido todo o significado. O direito deixou, assim, de se esgotar nas normas legisladas, para incluir também os princípios gerais de direito e as normas constitucionais, as quais, “não só têm um valor formal superior à lei, como encerram prescrições que adquirem um relevo prático crescente na regulação da actividade administrativa” ⁽¹¹⁾.

Toda a actividade administrativa deve ser considerada como jurídica, incluindo no que se refere à prática de actos administrativos predominantemente discionários, pois o espaço de livre decisão não significa espaço livre de direito. A lei é, nestes termos, fundamento, critério e limite da função administrativa ⁽¹²⁾.

A subordinação da Administração ao direito é fiscalizada pelos Tribunais, consagrando-se, em diversas ordens jurídicas, um sistema de controlo jurisdicional da actividade administrativa, constitucionalmente garantido.

pág. 89. NUNO PIÇARRA, “A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional”, Coimbra, 1989, págs. 200 e segs.; BERNARDO AYALA, *ob. cit.*, págs. 52 e segs.

⁽¹⁰⁾ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *ob. cit.*, pág. 191.

⁽¹¹⁾ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 38.

⁽¹²⁾ Cfr. BERNARDO AYALA, *ob. cit.*, pág. 70.

5. O quadro que acabamos de traçar revela-nos a confluência de dois princípios orientadores tendencialmente conflitantes, visíveis também no nosso actual sistema jurídico.

Por um lado, o princípio da separação e interdependência de poderes, consagrado no artigo 114.º da Constituição, exige que a cada um dos órgãos superiores do Estado caiba um domínio funcional ou de competências reservado, livre de qualquer interferência ou controlo por parte dos outros. No que respeita ao poder executivo, num contexto em que o Estado administrativo é incumbido de inúmeras e importantes tarefas de conformação social, este domínio concretiza-se na reserva da administração, espaço de criação jurídica em que esta não pode ser hetero-determinada nem pelo poder legislativo, nem pelo poder judicial.

Mas, por outro lado, o reforço do princípio da legalidade, acompanhado pela consagração da garantia da revisão jurisdicional dos actos administrativos (artigos 20.º e 268, n.º 4, da Constituição), apontam para um aprofundamento do papel de controlo dos tribunais na tutela das posições jurídicas dos cidadãos perante a Administração.

O ponto de equilíbrio entre estas duas tendências é alcançado através da definição de *limitações funcionais* à jurisdição administrativa. Assim, o princípio da divisão de poderes, na dimensão que aqui essencialmente nos interessa, de separação entre função administrativa e judicial do Estado, já não exige actualmente uma proibição genérica de os tribunais controlarem a actividade de direito público da Administração. Mas, uma vez que a intervenção dos tribunais no julgamento de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas envolve um juízo sobre a legitimidade do exercício de um outro poder público — o poder executivo —, necessariamente terão de decorrer daquele princípio da separação de poderes *limites funcionais* a esta actividade de fiscalização, por forma a evitar que ela invada o núcleo essencial da função administrativa ⁽¹³⁾.

Tais limites funcionais concretizam-se através da restrição da fiscalização jurisdicional à esfera da *juridicidade*, implicando que aos tribunais se atribua apenas competências para aferir da compatibilidade das decisões administrativas com a lei, os princípios gerais de direito e as normas constitucionais que integram o bloco de juridicidade. Ao fazê-lo, não estão a privar a Administração da essência da sua função material, porque esta actua num campo em que é hetero-determinada, aplicando ao caso concreto soluções pré-definidas em normas e princípios jurídicos. Já são, no entanto, de excluir do campo da jurisdição todos os poderes de decisão que englobem questões de mérito, isto é, que impliquem a avaliação da oportunidade e conveniência da actividade adminis-

⁽¹³⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, Coimbra, 10.ª edição, pág. 87.

trativa, na medida em que incidem sobre a área para a qual está particularmente vocacionada a função administrativa.

2. O princípio da separação de poderes e a inadequação funcional dos tribunais para o exercício substitutivo das competências materiais essencialmente administrativas

6. Uma comparação, numa perspectiva funcional, entre as ideias constitucionais de *administração* e *jurisdição*, partindo do princípio da separação de poderes, conduz-nos à existência de fundamentos adicionais para a reserva da administração e para as consequentes limitações funcionais da jurisdição administrativa.

Da análise do artigo 202.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, que define a *função jurisdicional* em geral, e do artigo 268.º, n.ºs 4 e 5, especificamente aplicável à jurisdição administrativa, podemos concluir que faz apenas parte desta, quer na sua dimensão subjectivista, quer objectivista, a dirimição de litígios mediante a *aplicação do direito* a um caso controvertido. Com efeito, os direitos subjectivos e os interesses legalmente protegidos são posições jurídicas subjectivas de essência jurídica, de modo que a verificação da existência de uma lesão implica sempre um juízo jurídico de validade. Também a defesa da legalidade democrática pressupõe um controlo de juridicidade. O conceito constitucional da função jurisdicional compreende, portanto, o carácter necessariamente jurídico dos parâmetros das decisões proferidas pelos tribunais no exercício daquela função⁽¹⁴⁾.

Encontramos na Constituição também elementos suficientes para extrair uma ideia constitucional material da *função administrativa*, a qual surge definida como a função confiada a órgãos do Estado e outras entidades, destinada ao exercício de tarefas próprias de satisfação de múltiplas e diversificadas necessidades colectivas, e para o que esses órgãos e entidades dispõem de meios específicos e de uma base de legitimação própria (artigos 199.º, 266.º e 267.º, n.º 5).

Com efeito, importa salientar que, de um ponto de vista orgânico e procedimental, a Administração reúne condições únicas para operar a conformação da realidade social à luz da prossecução dos interesses públicos que constituem as suas atribuições, na medida em que é portadora de uma grande amplitude de informação, de um conhecimento técnico-pericial objectivo e de uma complexa estrutura organizativa⁽¹⁵⁾. Assim, a partir do momento em que o sentido da decisão deixa de poder ser extraído com, objectividade, da lei, nada garante que o subjectivismo do juiz ofereça melhores resultados do que o da autoridade administrativa, podendo, pelo contrário, sustentar-se, que a lógica procedimental e téc-

⁽¹⁴⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lisboa, 2005, págs. 586 e segs.

⁽¹⁵⁾ Cfr. NUNO PICARRA, *A Separação de Poderes na Constituição de 1976*, cit., n.º 337

nica da Administração e o contacto permanente com as situações da vida concreta a regular, tornam a Administração mais apta a desempenhar tal tarefa⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, integram o perfil funcional da Administração a legitimidade democrática e a responsabilidade política. Com efeito, os seus órgãos dispõem de uma base democrática, directa ou indirecta, e as suas decisões estão sujeitas à crítica de um ponto de vista moral, técnico ou puramente político. Os órgãos que exercem o controlo político — desde logo, o Parlamento — e o eleitorado podem sancionar a Administração central e local pelas decisões que, sendo inquestionáveis na perspectiva jurídica, são, no entanto, desadequadas às necessidades sociais que visam satisfazer.

Já no que respeita aos tribunais, não só o estatuto de independência isenta os juízes de que qualquer tipo de responsabilidade política, como não assumem políticas de satisfação dos interesses colectivos democraticamente legitimados através de um processo eleitoral. Neste sentido, justifica-se que sejam reservadas à Administração as decisões não determinadas por normas jurídicas, mas decorrentes da avaliação de programas político-administrativos, pelos quais aquela foi eleita e responde politicamente⁽¹⁷⁾.

Em síntese, podemos afirmar que, por força dos princípios da tutela jurisdicional efectiva e do controlo judicial da actividade administrativa, o desempenho da função administrativa deverá ser objecto de sindicabilidade contenciosa sempre que não satisfaça as pretensões de particulares que se mostrem, em abstracto, dignas de protecção jurídica. Mas “a incidência de uma função sobre o desempenho da outra não dissolve a diferenciação entre as duas: uma coisa é o exercício da jurisdição administrativa tomando por objecto a função administrativa e outra a função administrativa ela própria”⁽¹⁸⁾. Nesta ordem de considerações, a assunção pelo juiz de competências que, densificando a ideia constitucional de função administrativa, o legislador conferiu a órgãos da Administração, é indesejável por implicar o exercício pelo tribunal de poderes para os quais não dispõe dos necessários requisitos de funcionalidade.

II. Os Limites Funcionais da Jurisdição Administrativa e a Acção de Condenação à Prática de Acto Devido

7. A análise dos fundamentos jurídicos que justificam a existência de uma reserva da administração em face do poder judicial, a que temos estado

⁽¹⁶⁾ Cfr. BERNARDO AYALA, *ob. cit.*, págs. 94-95; BARBOSA DE MELO, *ob. cit.*, pág. 111; NUNO PICARRA, *A Separação de Poderes como Doutrina*, cit., págs. 263-264.

⁽¹⁷⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Acto Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, págs. 1172 e segs.

⁽¹⁸⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., pág. 432.

a proceder, revela-nos que a questão da configuração do conteúdo e âmbito da sindicância jurisdicional do núcleo essencial da função administrativa é, na sua essência, um problema de direito constitucional e administrativo material.

Porém, ela tem igualmente indiscutíveis reflexos ao nível da lei processual, designadamente no modo de regular os diferentes instrumentos jurisdicionais de tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados.

Por este motivo, o legislador do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) ⁽¹⁹⁾ optou por reafirmar o princípio da limitação funcional da jurisdição administrativa como um dos princípios basilares do novo contencioso administrativo, enunciando no artigo 3.º, n.º 1, que:

“1. No respeito pelo princípio da separação e interdependência de poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação.”

Este preceito vem realçar que, no campo da função administrativa, existe uma área de reserva que os tribunais não podem invadir, definindo, em traços gerais, as fronteiras desse espaço de auto-determinação. Assim, o juiz administrativo pode intervir apenas e na medida em que a questão a julgar seja uma questão de legalidade ou juridicidade, que compete aos tribunais avaliar, e não uma questão que, por implicar uma avaliação da oportunidade e conveniência da actividade administrativa segundo parâmetros extrajurídicos da “boa administração”, se deva incluir na autonomia essencial do poder administrativo.

Ao longo do CPTA, o legislador efectua diversas concretizações deste princípio geral, reportando-as aos momentos processuais em que são maiores as zonas de indefinição e de risco de sobreposição entre as áreas de decisão administrativa e jurisdicional, e de que são exemplo os artigos 95.º, n.º 3, e 179.º, n.º 1, mas, especialmente, o artigo 71.º, n.º 2, referente à acção de condenação à prática de acto devido.

8. A partir da revisão constitucional de 1997, a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados passou a integrar a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos (artigo 268.º, n.º 4). O legislador constitucional não tomou, na altura, uma posição explícita sobre a natureza da pro-

⁽¹⁹⁾ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterada pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

vidência jurisdicional em que se devia concretizar tal vertente da garantia, tendo pretendido deixar alguma margem de conformação à lei ordinária, através da utilização da expressão *determinação*, que poderia ser interpretada como podendo significar uma pronúncia declarativa, uma pronúncia condenatória ou uma pronúncia substitutiva ⁽²⁰⁾.

A opção do CPTA, à luz do modelo da *Verpflichtungsklage* alemã, foi a de instituir, no âmbito da acção administrativa especial, o processo de condenação à prática de actos administrativos como sede adequada à tutela contenciosa das posições subjectivas de conteúdo pretensivo.

Sempre que um particular, assumindo-se como titular do direito de exigir a emissão de um acto administrativo, dirija à autoridade administrativa competente um requerimento destinado a obter a prática desse acto, e essa pretensão seja recusada, expressa ou tacitamente, ele estará habilitado a propor uma acção de condenação ⁽²¹⁾. O objecto desta acção, nos termos em que está configurado nos artigos 66.º e segs. do CPTA, não se define por referência ao acto de indeferimento que porventura tenha sido praticado, antes abrangendo, e em todas as suas dimensões, a posição subjectiva de conteúdo pretensivo que o autor pretende fazer valer. Neste medida, o tribunal não se limita a verificar se a recusa do acto foi ilegal, declarando a sua invalidade, mas deve pronunciar-se sobre a pretensão do interessado, impondo, se esta for bem fundada, a prática do acto administrativo ⁽²²⁾.

O poder de condenar a Administração à emissão de actos administrativos ilegalmente omitidos ou recusados é uma das dimensões em que se concretiza o princípio da plena jurisdição dos tribunais administrativos que o CPTA veio, em definitivo, consagrar, conferindo-lhes todos os poderes que são próprios e naturais do exercício da função judicial.

Este alargamento das vertentes estruturais dos poderes de pronúncia do juiz traz, porém, como consequência inevitável, a criação de mais uma zona de risco

⁽²⁰⁾ Cfr. BARBOSA DE MELO, “Os Parâmetros Constitucionais da Justiça Administrativa”, in *Reforma de Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, edição organizada pelo Ministério da Justiça, 2000, vol. I, págs. 307-308. No mesmo sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2007, pág. 393.

⁽²¹⁾ Mesmo no que respeita a actos com um conteúdo positivo — ou seja, um conteúdo que não se esgota na mera recusa de introduzir modificações jurídicas requeridas —, embora eles devam ser objecto de um processo impugnatório, as disposições reguladoras da acção de condenação à prática devido, e, em especial, o artigo 71.º, podem ser relevantes, na medida em que se cumule com o pedido de impugnação um pedido de condenação da Administração à substituição do acto ilegal por outro.

⁽²²⁾ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª edição, págs. 200 e segs.

de intromissão do juiz na área decisória a que corresponde o exercício de competências próprias da Administração. Em especial, porque o legislador não restringiu o objecto da acção de condenação à prática de acto devido às pretensões dirigidas à emissão de actos cujo conteúdo esteja legalmente pré-determinado, e, portanto, não se limitou a reconduzir os poderes de injunção do juiz à prática de actos administrativos que, em face ao quadro normativo aplicável, sejam estritamente vinculados. Com efeito, tal como sucede, no direito alemão, no âmbito da *Verpflichtungsklage*, ainda que a prática do acto administrativo ilegalmente recusado ou omitido envolva o exercício de poderes não determinados normativamente e, portanto, próprios da função administrativa, o tribunal pode condenar a Administração na sua emissão, desde que esta seja devida ⁽²³⁾. Ela será

⁽²³⁾ O conteúdo da sentença proferida no âmbito desta acção é regulado pelo § 113, Abs. 5, da *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGo), norma que apresenta o seguinte enunciado: "Quando a recusa ou omissão de um acto administrativo é ilegal e se verifica uma lesão dos direitos do requerente, o tribunal declara a obrigação de que a autoridade administrativa dite um acto administrativo requerido sempre que o assunto esteja preparado para sentença. No caso contrário, declara a obrigação de que decida atendendo às directrizes jurídicas do tribunal". O preceito distingue duas situações tomando como critério diferenciador a questão de saber se o assunto em causa se encontra ou não apto para ser julgado num sentido concreto — na designação alemã, se está ou não *Spruchreif*. A verificação desta circunstância condiciona largamente o conteúdo da sentença: se o processo está no estado *Spruchreif*, o tribunal condena a Administração na prática do acto requerido — é a chamada *Vornahmemeintrag*, ou "sentença de condenação"; se não se verifica essa situação processual, a sentença condena a Administração a pronunciar-se dentro de um quadro estabelecido judicialmente — há, então, uma *Bescheidungsurteil* ou "sentença-quadro". No direito alemão, o princípio do inquisitório, que domina a lei processual administrativa alemã (cfr. § 86 VwGo), obriga o tribunal a indagar, por sua própria iniciativa, se se verificam todos os pressupostos fácticos e jurídicos da pretensão formulada em juízo e a recolher os elementos que, nesse contexto, se tornem relevantes para a decisão a proferir, de modo a tornar viável a apreciação do fundo da causa (*Spruchreif*) (Cfr. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozessrecht*, 14. Auflage, 1997, pág. 193). Porém, esta averiguação *ex officio* do juiz está sujeita a certas limitações, que a doutrina e jurisprudência têm vindo a densificar e concretizar. A ideia fundamental é a de que a noção de *Spruchreif* deve ser interpretada em sentido conforme à *ratio* do preceito — que é de permitir ao tribunal avançar, no exercício dos seus poderes, até ao limite da função judicial, sem invadir, portanto, o domínio da decisão próprio da Administração. Partindo desta base de análise, são considerados diversos níveis de aplicação do conceito para a resolução dos casos concretos. Em primeiro lugar, distingue-se entre os casos em que a pretensão do particular corresponde a um poder estritamente vinculado pela lei e aqueles em que existe um espaço de determinação próprio da função administrativa. No primeiro grupo de casos (de vinculação estrita), a situação normal é que o processo esteja, desde logo, no estado *Spruchreif* e o juiz possa proferir sentença, ordenando à Administração que pratique o acto administrativo peticionado. A tais situações, contrapõem-se aqueles em que esta dispõe de um espaço de liberdade de actuação. Vale igualmente aqui o princípio da investigação *ex officio*, segundo o qual o tribunal deve procurar converter o processo em *Spruchreif* para efeito de ditar uma sentença que satisfaça a pretensão solicitada. Porém, entende-se que esta conversão só é possível num único caso — quando, face às circunstâncias concretas da situação em causa,

devida sempre que o órgão administrativo tenha um dever de decisão, ou seja, sempre que exista pelo menos vinculação quanto à oportunidade da prática do acto, em termos de se poder afirmar que a Administração agiu ilegalmente pelo facto de não ter agido ou de se ter recusado a agir. Neste tipo de casos, é, porém, claro que o conteúdo e o alcance da pronúncia jurisdicional têm de ser necessariamente diferentes daqueles que caracterizam a condenação em acto de conteúdo totalmente vinculado.

Perante este quadro, é perceptível a importância que assume o artigo 71.º do CPTA. O objectivo subjacente a este preceito é exactamente o de operar a delimitação dos poderes de pronúncia do tribunal no domínio da condenação à prática de actos administrativos, procurando garantir, num campo em que existe um inegável perigo de ultrapassagem dos limites funcionais da jurisdição administrativa, que as injunções a emitir pelo juiz respeitem o núcleo essencial da autonomia do poder administrativo.

A complexidade, novidade e delicadeza das questões suscitadas por este dispositivo e o facto de ele ser decisivo para a compreensão do alcance do novo instituto processual da condenação à prática de actos administrativos justificam o seu estudo aprofundado.

for de considerar que só existe uma única solução juridicamente admissível, em termos de o poder decisório da Administração só poder ser exercido validamente num único sentido, hipótese em que se configura uma redução da discricionariedade ou da margem de apreciação a zero (*Ermessensreduktion bzw. Beurteilungsminderung auf null*). Em tal situação, apesar da previsão normativa de um poder discricionário ou de um espaço de livre actuação no preenchimento de um conceito indeterminado, o tribunal está legitimado a condenar a Administração a emitir um acto concreto (FERDINAND KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 10.ª Auflage, München, anotação ao § 113, Abs. 5, pág. 1477). Nos restantes casos, em que a recusa da Administração em praticar um acto administrativo é ilegal, mas não é possível ao tribunal, com base em critérios jurídicos contidos na lei, indicar o sentido específico da decisão, a Administração continua a dispor de um espaço de livre decisão, e o tribunal não pode substituir-se-lhe, estando impedido, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, de proferir uma sentença de condenação à emissão do acto peticionado. A missão judicial chegou a um extremo onde os parâmetros jurídicos não permitem avançar mais, ao deparar com um âmbito extra-jurídico em que os tribunais não podem entrar. A base técnica para fixar, nestes casos, os limites da intervenção judicial é, pois, a inexistência de *Spruchreif* (cfr. HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 4. Auflage, 1995, pág. 317). Não podendo o tribunal emitir uma sentença de condenação estrita, não deixa, no entanto, de ser garantida a formulação de um juízo judicial pleno, no sentido em que o tribunal não remete sem mais a questão à Administração, mas profere uma sentença-quadro, em que expressa a sua opinião (*Rechtauffassung*) sobre o que "diz" o direito quanto ao assunto em causa, até ao máximo das suas possibilidades. O tribunal condena a Administração a "resolver", declarando os limites dentro dos quais se há-de enquadrar o acto administrativo a proferir. (SANTIAGO GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, pág. 238).

§ 3.º A FORMULAÇÃO DE VALORAÇÕES PRÓPRIAS DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

14. A análise do artigo 71.º do CPTA revela-nos que o elemento essencial para se proceder à delimitação dos poderes de pronúncia do juiz administrativo, no quadro da acção de condenação à prática de acto devido, é a determinação dos casos em que um acto administrativo envolve a “formulação de avaliações próprias do exercício da função administrativa”.

As considerações antecedentes indiciam que o âmbito de aplicação deste conceito deve ser reconduzido à noção geral de espaço de liberdade de actuação da Administração, conferido por lei e limitado pelo bloco de juridicidade — implicando, portanto, uma (parcial) auto-determinação administrativa — que constitui o núcleo essencial da função administrativa.

O seu preenchimento mais preciso e rigoroso exige, no entanto, uma reflexão sobre as diversas perspectivas teóricas que, com particular incidência na doutrina jurídico-administrativa alemã, discutem a questão de saber em que circunstâncias e pressupostos a Administração actua ao abrigo de uma *reserva da administração*.

1. A teoria que distingue entre discricionariedade na adopção ou determinação de consequências jurídicas (*Rechtsfolgeermessen*) e margem de apreciação na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados (*Beurteilungsspielraum*)

15. A concepção que podemos considerar clássica e, ainda hoje, maioritária, na doutrina germânica, identifica e diferencia duas categorias que integram o espaço de (relativa) auto-determinação da Administração: a *discricionariedade* de escolha de resultados jurídicos ou de estatuição da norma e a *margem de livre apreciação* no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados que, na previsão normativa, enunciam pressupostos da actuação administrativa (24).

1.1. Discricionariedade

16. Para os defensores desta teoria, a discricionariedade consiste numa liberdade conferida por lei à Administração para que esta escolha entre várias alternativas de actuação juridicamente admissíveis. Esta liberdade de fixação do

(24) Cfr., por todos, H. MAURER, *Droit Administratif Allemand*, tradução de MICHEL FROMONT, 1995, págs. 127 e segs.; H. J. WOLF/O. BACHOFF/R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, I, 10.ª Auflage, München, págs. 373 e segs.

conteúdo de uma decisão administrativa é sempre gerada por uma indeterminação normativa quanto às consequências jurídicas (*Rechtsfolgeermessen*), e pode assumir duas modalidades:

- opção entre actuar e não actuar, ou seja, aplicar ou não uma consequência jurídica prevista como possível mas não imposta pela norma habilitante — discricionariedade de acção (*Handlungsermessen*);
- escolha entre duas ou mais actuações permitidas pela norma — discricionariedade de escolha (*Auswahlermessen*) —, quer elas se encontrem previstas em termos alternativos, quer o legislador se limite a estabelecer um núcleo mínimo identificador do género da medida (25).

Partindo destas premissas, o exercício da discricionariedade implica sempre um raciocínio lógico a partir da situação concreta para as opções de actuação legalmente conferidas: um teste de adequação da actuação concretamente escolhida em relação aos traços da situação concreta seleccionados como relevantes à luz do interesse público prosseguido. Tipicamente, esta actividade intelectual envolve a formulação de *juízos de prognose*, ou seja, pressupõe a realização de estimativas acerca da evolução futura de situações da vida, que consubstanciam uma *avaliação* e não um juízo cognoscitivo, e estão impregnados de um inegável grau de subjectivismo (pois baseiam-se nas experiências e convicções do decisor, sendo apenas enquadrados e não determinados directamente por critérios jurídicos).

A decisão discricionária caracteriza-se ainda por assentar numa ponderação, à luz das circunstâncias do caso concreto, de interesses que a lei não atribui, à partida, relevância jurídica diferenciada. No âmbito da margem de livre decisão que lhe é deixada, o titular do poder tem de comparar e valorar todos os interesses públicos e privados que possam ser satisfeitos pela decisão e hierarquizar-los à luz do interesse público específico (26).

1.2. Margem de livre apreciação

17. A limitação do espaço natural da discricionariedade ao âmbito das consequências jurídicas das normas jurídico-administrativas não significa que os teóricos desta concepção reducionista neguem a existência de espaços de livre decisão no que respeita à aplicação ou apreciação de pressupostos contidos na previsão normativa. Com efeito, importa distinguir entre a discricionariedade,

(25) Cfr. H. MAURER, *ob. cit.*, pág. 128.

(26) Cfr. WALTER SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, págs. 37 e segs.

que se localiza na estatuição da norma e respeita à livre decisão dos efeitos de direito a produzir, e a esfera de autonomia existente no preenchimento de certos conceitos indeterminados que, na previsão da norma, comportam uma livre decisão quanto à verificação ou não verificação dos pressupostos de facto de que depende a produção dos efeitos previstos na estatuição.

O conceito de “margem de livre apreciação” (*Beurteilungsspielraum*), teorizado por O. BACHOF nos anos cinquenta do séc. XX, acabou por se impor maioritariamente como designação desta esfera de autonomia que marca a aplicação administrativa de certos conceitos indeterminados e deve ser sujeita a um controlo jurisdicional limitado. No entanto, com ele concorrem, outras formulações, como a *Einschätzungsprärogative* (desenvolvida por H. J. WOLFF), que se reporta à “prerrogativa de avaliação”, ou a *Vertretbarkeitslehre* (defendida por C. H. ULE), que pretende evidenciar a necessidade de os tribunais respeitarem a subsunção jurídica de um conceito jurídico indeterminado, feita pela Administração, nos casos limite ou duvidosos, em que possa ser considerada defensável ⁽²⁷⁾.

Na verdade, constata-se que o legislador do Estado de direito democrático não quer ou não pode regulamentar através de normas gerais e abstractas a actividade pública até ao mais ínfimo pormenor. Acresce que todas as normas jurídicas têm uma tradução textual e, por isso, estão sujeitas às contingências da linguagem, sendo que uma delas é a indeterminação vocabular — todas as palavras comportam alguma incerteza semântica.

Neste contexto, nem sempre a utilização de quaisquer conceitos indeterminados na previsão da norma legal tem como consequência a criação de uma *margem de livre apreciação administrativa*. Entende-se, porém, que, em determinadas situações, os conceitos indeterminados são de molde a que se não possa concluir pela existência de uma única solução correcta para a decisão do caso concreto, ou, pelo menos, poderão dar azo a que se suscitem dúvidas quanto à solução aplicável ao caso. Nestas hipóteses, o legislador quis genuinamente, ou a isso foi forçado pela natureza das coisas, que, perante certas situações sociais, o exercício do poder administrativo que se perfila na estatuição da norma de competência objectiva fique dependente de uma tarefa de avaliação da responsabilidade própria do órgão administrativo decisor. Justifica-se, aqui, a existência de uma margem de livre apreciação, que compete à Administração exercer e aos tribunais controlar apenas de forma limitada.

A grande dificuldade está em estabelecer um critério identificador das situações em que a indeterminação conceptual origina ou não um espaço de livre deci-

⁽²⁷⁾ Cfr. MARIANO BACIGALUPO, *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997, págs. 127-128; H. MAURER, *ob. cit.*, págs. 138-139.

são. A formulação originária da teoria da *Beurteilungsspielraum* não dava resposta conclusiva a este problema.

Assim, têm vindo a ser desenvolvidas na doutrina alemã diversas construções tendo por objecto a busca de uma fundamentação substantiva para a delimitação das situações em que a aplicação de um conceito indeterminado implica a existência de espaço de livre decisão administrativa, só parcialmente controlado pelos tribunais. São essas teorias que, em seguida, procuremos sucintamente expôr.

a) Fundamentação teórico-normativa de D. Jesch

18. O elemento característico da fundamentação teórico-normativa da *margem de apreciação* radica em que esta é considerada inerente à estrutura lógico-normativa dos conceitos jurídicos indeterminados. O grau de intensidade do controlo judicial da actividade administrativa que os aplique é sempre acessório ao grau de densidade da sua programação normativa.

O primeiro e mais destacado expoente desta concepção é D. JESCH, que defende que se deve distinguir em todos os conceitos jurídicos um cerne (*Begriffskern*) de determinação, em que se agrupam os casos de aplicação ou não aplicação do conceito que não oferecem dúvidas, e uma auréola (*Begriffshof*) de indeterminação, na qual, por definição, não haverá certeza na interpretação. A interpretação do cerne do conceito não suscita dificuldades, por haver a cobertura da vontade legislativa tanto no que concerne à formulação conceitual, como no que concerne à relação imediata de significado. Na auréola do conceito, o sentido literal e o fim da norma já não têm um sentido incontroverso e o aplicador terá de proceder a uma percepção intuitiva do facto a subsumir, pelo que, neste âmbito, não será intrinsecamente possível um controlo posterior da aplicação do conceito.

O que caracterizaria os conceitos jurídicos indeterminados é que esta auréola do conceito é invulgarmente extensa e difusa, enquanto o núcleo é inusitadamente reduzido, conferindo-se, assim, uma margem de livre apreciação administrativa. Este autor sustenta, portanto, uma diferenciação quantitativa e não qualitativa entre conceitos jurídicos indeterminados e determinados ⁽²⁸⁾.

b) O método causal-teórico de Walter Schmidt

19. Por sua vez, WALTER SCHMIDT encontra o critério definidor das situações de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados na dicotomia entre “incertezas condicionadas pela linguagem” (*sprachlich bedingten Ungewissheiten*) e “incertezas de avaliação da situação concreta” (*Ungewis-*

⁽²⁸⁾ Cfr. MARIANO BACIGALUPO, *ob. cit.*, págs. 137-138; ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*, Coimbra, 1994, págs. 52-53.

sheiten der Schveraltseinschätzung). Nesta perspectiva, existem conceitos indeterminados cuja natureza vaga ou imprecisa suscita apenas dificuldades linguísticas, susceptíveis de resolução em abstracto através de raciocínios lógico-dedutivos, guiados e infirmáveis por uma metodologia jurídica, que culminam com a subsunção da situação de facto à previsão normativa. A *margem de livre apreciação* não decorre destes, mas de outros conceitos indeterminados marcados por uma abertura à facticidade, que apenas poderá ser objecto de uma concretização casuística mediante a formulação de juízos de prognose.

Neste último caso, o preenchimento da abertura da norma implica um raciocínio causal-teorético, envolvendo a opção por uma de entre várias hipóteses causais de desenvolvimento futuro, preparada através de raciocínios de causa-efeito ou meio-fim, e não juridicamente determinada. Será por meio deles que o aplicador da norma terá de ultrapassar, com uma avaliação feita por sua conta, as incertezas de “avaliação da situação concreta” (29).

c) A teoria da habilitação normativa de Schmidt-Assman

20. A teoria da habilitação normativa, desenvolvida em meados dos anos 80, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, por SCHMIDT-ASSMAN, sustenta que o que determina a existência de uma margem de apreciação em certos conceitos indeterminados não é a estrutura lógico-formal das normas aplicáveis, nem quaisquer considerações jurídico-funcionais feitas à margem destas normas, mas, sim, a vontade do legislador.

Consequentemente, só deverá reconhecer-se à Administração uma *margem de apreciação* na aplicação de um conceito indeterminado quando se possa deduzir da respectiva norma a vontade (expressa ou implicitamente manifestada) do legislador de habilitar a Administração com o poder de decidir em última instância sobre o sentido da sua aplicação nos casos concretos. No caso contrário, o conceito jurídico indeterminado será plenamente controlável pelo juiz, e com absoluta independência da sua estrutura lógico-normativa, ou seja, da dificuldade ou impossibilidade de reconhecer a sua aplicabilidade ou inaplicabilidade na zona de incerteza.

A designação atribuída a esta doutrina (*normative Ermächtigungslehre*) resulta precisamente do facto de se considerar, no essencial, que a margem de apreciação só existe como margem habilitada pela Lei (30).

(29) Sobre esta tese, desenvolvimente, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, págs. 128 e segs.

(30) Cfr. MARIANO BACIGALUPO, *ob. cit.*, págs. 144-146.

d) Fundamentação tópica ou integradora de F. Ossenbühl

21. Finalmente, importa fazer referência à perspectiva adoptada por F. OSSENBUHL, autor que parte da ideia de que todas as tentativas de fundamentar a *margem de apreciação* com apoio numa teoria abstracta padecem, na hora da verdade, isto é, no momento de determinar se num caso concreto a Administração goza ou não de tal margem, de uma limitadíssima virtualidade applicativa (31).

Com efeito, tais teses assentam em considerações de elevado grau de abstractão, não fornecendo elementos que permitam aos aplicadores do direito, na maioria dos casos, justificar de forma convincente o reconhecimento ou não à Administração de uma margem de apreciação. Em consequência, essa questão acaba por ser deferida à interpretação do tribunal, desprovida muitas vezes de qualquer referente normativo, nela se impondo a predisposição natural ou intuitiva do juiz para o exercício de um controlo mais ou menos intenso.

Assim, OSSENBUHL propõe-se renunciar a uma fundamentação teórica ou abstracta da margem de apreciação, optando por uma fundamentação tópica (*Konzeptionsübergreifende Topoi*), que deverá orientar em cada caso a análise tendente a determinar se a Administração dispõe ou não de uma *margem de apreciação* na decisão de aplicação de conceito jurídico indeterminado.

Os elementos argumentativos, em vista à obtenção desse resultado, são os seguintes:

- i) Em primeiro lugar, a *competência técnica* da Administração (*Sachkunde der Verwaltung*), que deverá ser tida em conta pelos juízes a fim de não se excederem funcionalmente no controlo de decisões administrativas de carácter complexo, para cuja avaliação técnica não estão suficientemente preparados (32). Em particular, o autor coloca a questão de saber até que ponto o juiz deve introduzir-se em questões de litígio científico-naturais que estão na base de certas medidas administrativas, e até que ponto ele deve servir-se para tal da ajuda de peritos,

(31) Cfr. “Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung”, in Bender, Breuer, Ossenbühl, e Sendlar (eds.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, München, 1993, págs. 66 e segs.

(32) Na verdade, com o avanço dos conhecimentos científicos nos variadíssimos campos de intervenção administrativa, designadamente do direito do ambiente (direito nuclear, direito de protecção contra emissões poluentes) e de administração do risco (por exemplo, no nível de regulação de introdução no mercado de medicamentos, do transporte de mercadorias perigosas, da manipulação genética) o conhecimento da matéria ganha um significado prático também em processos jurídico-administrativos (perante os tribunais). Nestes domínios, a Administração na maior parte dos casos, tem naturalmente um “avanço de informação”. Cfr. OSSENBUHL, *ob. cit.*, pág. 67.

quando o próprio legislador já tenha previsto o recurso a órgãos consultivos especializados para o desempenho da respectiva tarefa administrativa;

- ii) Também relevante é o tópico relativo à *compensação procedimental* de alguns défices de programação normativa através da previsão legal de garantias procedimentais reforçadas em favor dos cidadãos lesados (*kompensatorische Funktion des Verwaltungsverfahren*). Em certos casos, a configuração quase-judicial do procedimento administrativo pode fornecer suficientes garantias de correcção material, permitindo antecipar eficazmente a protecção jurídica — normalmente obtida em sede judicial — dos direitos subjectivos ou interesses legítimos de particulares afectados por uma decisão administrativa⁽³³⁾.
- iii) Em estreita ligação com o item anterior, OSSENBÜHL salienta também a possível existência de uma “estrutura orgânica funcionalmente adequada do órgão administrativo” (*funktionsgerechte Organstruktur*) chamado a adoptar certas decisões. Esta característica, combinada com a precedente, justificaria a que as decisões tomadas por certos órgãos colegiais independentes dotados de especial legitimidade funcional e técnica não fossem objecto de uma revisão plena pelos tribunais. Na verdade, se a lei institucionalizou para decisões problemáticas da Administração um processo de decisão especial, fazendo intervir órgãos específicos que apresentam uma estrutura adequada para a apreciação jurídica do caso, não se vê motivo para que se não preserve a correspondente competência decisória. Importante é que fique garantido que esses órgãos, pela sua especial composição, representem para a decisão a tomar um determinado padrão de qualidade (por exemplo, que gozem de independência e não vinculação ao poder de direcção e que, com base na forma de recrutamento, possam assegurar a sua objectividade)⁽³⁴⁾.
- iv) Finalmente, também a *espécie de decisão* a tomar pode ser relevante, sempre que, em face das suas características, se puder retirar da respectiva norma habilitadora que o legislador quis entregar uma determinada decisão, ou certos dos seus elementos, à apreciação definitivamente vinculativa da Administração (por exemplo, “decisões planificadoras”)⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Cfr. OSSENBÜHL, *ibidem*, e MARIANO BACIGALUPO, *ob. cit.*, págs. 149.

⁽³⁴⁾ Cfr. OSSENBÜHL, *ob. cit.*, pág. 68.

⁽³⁵⁾ Cfr. OSSENBÜHL, *ibidem*.

⁽³⁶⁾ A teoria que, nas suas diferentes vertentes doutrinárias, acabamos de expor, assentando na distinção entre a discricionariedade e o preenchimento valorativo de conceitos indeter-

2. A teoria unitária ou ampla da discricionariedade (*Ermessen als Rechtsfolge- und Tatbestandermessung*)

2.1. Teoria unitária da discricionariedade administrativa

23. À teoria dualista descrita no ponto antecedente, contrapõe-se uma outra tese que defende uma categoria *unitária ou ampla de discricionariedade*, englobando quer a indeterminação estrutural, ou de consequências jurídicas, quer a indeterminação conceitual, resultante da utilização de certos conceitos jurídicos indeterminados.

Os defensores desta solução negam a distinção, que consideram artificiosa, entre discricionariedade de escolha de resultados jurídicos ou de estatuição da norma legal e situações de liberdade de decisão originadas por conceitos indeterminados. Neste sentido, a identificação, na previsão normativa, de pressupostos de actos administrativos através do emprego de conceito indeterminados representaria também um modo de concessão de discricionariedade, pelo qual o legislador permite que a decisão administrativa seja concretizada de modo criativo através de uma programa da administração de concretização casuística⁽³⁷⁾.

minados como formas diversas de habilitação da Administração ao exercício de uma responsabilidade decisória própria e tendencialmente livre, tem sido recebida por parte significativa da doutrina portuguesa, sobretudo através da construção dogmática de W. SCHMIDT. SÉRVULO CORREIA, BERNARDO AYALA, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS são alguns dos autores que perfilam esta orientação, portadora de algumas especificidades que importa ainda destacar (cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, citado, págs. 392 e segs.; BERNARDO AYALA, *ob. cit.*, págs. 130 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2004, págs. 176 e segs.). Na verdade, aquele autor alemão integra a *discricionariedade* e a *marginem de livre apreciação* como modalidades de um instituto mais amplo, a *marginem de livre decisão* (*Entscheidungsspielraum*), que abrange todo o espaço de auto-determinação da Administração. Por outro lado, a sua posição permite ultrapassar a tese clássica, na parte em que esta sustenta que a concessão da discricionariedade se localizaria sempre na estatuição da norma, ao passo que se inscreveriam sempre na previsão os conceitos jurídicos indeterminados. Assim, considera W. SCHMIDT que a abertura das normas que conferem discricionariedade não se situa apenas na estatuição, mas também na sua previsão: o carácter aberto da *Rechtsfolge* implica sempre uma correspondente abertura da *Tatbestand*, na medida em que pressupõe que se aditem aos pressupostos enunciados na norma aquele ou aqueles outros que se revelem indispensáveis para justificar uma solução. Perante uma liberdade de escolha de alternativas de comportamento, o decisor administrativo terá, a partir do concreto caso decidendo, que eger critérios de actuação, que não são mais do que elementos da sua previsão.

Quanto aos conceitos indeterminados, embora tendam a concentrar-se na previsão como indicadores de elementos da situação concreta, podem também figurar na estatuição da norma como critério de discricionariedade, isto é, como um processo usado pelo legislador para expressar indeterminação de efeitos, não conferindo, neste caso, uma margem de apreciação.

⁽³⁷⁾ Cfr. M. BULLINGER, “Verwaltungsermessung in modernen Staat”, in *Verwaltungsermessung in modernen Staat*, M. Bullinger (Hrsg), Baden-Baden, 1986, pág. 156.

Seja conferida na estatuição, por meio de uma faculdade de acção, ou na previsão, através de um conceito indeterminado, a discricionariedade é concebida unitariamente como um espaço de conformação administrativa, resultante de uma habilitação do legislador para que a Administração complete em sede aplicativa uma norma aberta ou incompleta, através de um poder exclusivo de valoração e decisão ⁽³⁸⁾.

Note-se que esta concepção retoma a noção original de discricionariedade, que era utilizada, no início do séc. XX, para abranger todos os casos ou graus de liberdade de decisão administrativa na aplicação da lei, mas tal retoma faz-se, agora, num quadro de aplicação do direito, e não num quadro de desvinculação jurídica pelo qual se pretendia fundamentar conceptualmente a irrevisibilidade contenciosa da aplicação de conceitos indeterminados, assimilando-os à discricionariedade ⁽³⁹⁾.

Importa ainda salientar que, para os defensores desta tese, não é toda e qualquer indeterminação conceitual que pode gerar discricionariedade e, portanto, espaços de conformação normativa em face da lei. Deste modo, mantêm validade e utilidade, neste âmbito, as várias perspectivas doutrinárias anteriormente analisadas, que procuram fornecer critérios para a identificação dos conceitos indeterminados susceptíveis de uma actividade de criação concretizadora da responsabilidade da Administração, independentemente de se configurar aqui o espaço de auto-determinação por eles conferido não como uma margem de apreciação, mas como uma zona de discricionariedade ⁽⁴⁰⁾.

3. Teoria da única solução correcta na aplicação de conceitos indeterminados

3.1. O preenchimento de conceitos indeterminados como operação de natureza hermenêutica-subsuntiva tendente à determinação da única solução correcta

25. Finalmente, importa analisar uma terceira posição, que tem vindo a ser desenvolvida na Alemanha sobretudo pela jurisprudência, com apoio de alguma

⁽³⁸⁾ Neste sentido, R. SCHOLZ, citado por MARIANO BACIGALUPO, *ob. cit.*, pág. 168.

⁽³⁹⁾ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, 1991, págs. 372-372.

⁽⁴⁰⁾ São diversos os autores que, na doutrina portuguesa, adoptam esta concepção alargada de discricionariedade. RÓGERIO SOARES concebe a discricionariedade como representando uma particular maneira de relacionamento da Administração com o direito, que se exprime na decidida abertura pelo legislador de uma lacuna intralegal e exige uma tensão criadora à luz das circunstâncias da situação concreta do interesse público. Neste sentido, a outorga pela lei de um poder discricionário pode traduzir-se na concessão directa ao agente de

doutrina, e que se caracteriza essencialmente por qualificar a tarefa de preenchimento de conceitos indeterminados que fixam os pressupostos legais de uma actuação administrativa como uma actividade lógico-dedutiva pura, que permite obter uma única decisão correcta.

Tal como a primeira teoria a que fizemos referência, esta tese distingue entre o plano da discricionariedade e o plano da aplicação e interpretação de conceitos indeterminados. No entanto, distingue-se daquela tese dualista por não admitir teoricamente quaisquer espaços de apreciação e decisão, da responsabilidade da Administração, no preenchimento de conceitos indeterminados, reconduzindo esta actividade ao exercício de poderes vinculados.

Na verdade, para os defensores desta nova concepção, enquanto a discricionariedade consubstancia um acto volitivo, de escolha entre vários modos de actuação legalmente possíveis, a aplicação de conceitos indeterminados representa sempre um mero acto cognitivo. A sua indeterminação será, assim, sempre

faculdades de acção ou de prerrogativas de avaliação, mas também na remissão deste para conceitos imprecisos-tipo, que originam uma situação de liberdade de decisão, opondo-se aos conceitos classificatórios (cfr. RÓGERIO SOARES, *Direito Administrativo*, Porto, 1980, págs. 68 e segs.).

Para VIEIRA DE ANDRADE, a discricionariedade não pode ser limitada ao âmbito do cumprimento da estatuição legislativa, porque ela não se manifesta necessariamente numa escolha final, isto é, nem sempre representa um espaço de opção entre conteúdos alternativos num quadro de pressupostos legalmente determinados. Com efeito, a “autonomia de decisão” que a lei atribui aos órgãos administrativos alarga-se, em muitos casos, à determinação dos factos e interesses relevantes e à apreciação e ponderação dos factos e dos interesses considerados na perspectiva do interesse público. Neste sentido, este autor defende uma noção ampla de discricionariedade, como espaço de criação-concretização jurídica que a lei confere à Administração, e que não se reporta apenas aos efeitos, mas igualmente ao processo e às condições da decisão (cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português cit.*, págs. 43 e segs.).

Também FRANCISCA PORTOCARRERO sustenta uma visão abrangente do fenómeno da liberdade administrativa discricionária, englobando a discricionariedade de escolha de resultados jurídicos e o espaço de liberdade de valoração concedido por certos conceitos indeterminados (conceitos indeterminados discricionários). Esta autora parece adoptar uma concepção específica desta teoria unitária, de acordo com a qual a discricionariedade opera sempre no domínio da hipótese normativa. Com efeito, defende que, quer a liberdade decisória seja conferida na previsão ou na estatuição legal, é sempre necessário um processo jurídico de complementação do *Tatbestand*, para que se possa deduzir o resultado adequado à situação de interesse público. Uma vez efectuada esta operação, a consequência jurídica é imposta pela norma, o que significa que as formulações de possibilidade ou preceitos de “pode” acabam por se transformar em preceitos imperativos (cfr. FRANCISCA PORTOCARRERO, “Notas sobre variações em matéria de discricionariedade. A propósito de algumas novidades terminológicas e da importância de construções dogmáticas pela nossa doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo”, in *Juris et de Jure, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto*, Porto, 1998, págs. 689-691.).

resolúvel através de uma operação hermenêutico-subsumtiva, pela qual o aplicador encontra a *única solução correcta* ⁽⁴¹⁾.

Partindo destes pressupostos, os tribunais alemães tem vindo a orientar-se a favor da total revisibilidade judicial da subsumção de realidades de facto em conceitos indeterminados que, no *Tatbestand* da norma, integram pressupostos do acto administrativo ⁽⁴²⁾. Segundo este entendimento, a aplicação de conceitos indeterminados, enquanto tarefa interpretativa, reduz-se à descoberta da solução justa que corresponde ao pensamento legislativo, não implicando qualquer valorização ou apreciação própria da Administração. Tal como nos conceitos determinados, a procura do sentido da lei baseia-se em critérios objectivos de hermenêutica jurídica, seja qual for a natureza do órgão responsável pela interpretação ⁽⁴³⁾. Neste sentido, não existem razões para não submeter a aplicação de tais conceitos a um controlo judicial pleno, que, além do mais, constitui um imperativo constitucional à luz da garantia da tutela jurisdicional efectiva.

É verdade que a jurisprudência contencioso-administrativa alemã tem vindo a reconhecer, em certos casos, a existência de uma margem de apreciação da Administração na aplicação de certos conceitos jurídicos indeterminados. Fá-lo, no entanto, sem abdicar do princípio geral segundo o qual o juiz pode justificadamente substituir o seu preenchimento do conceito indeterminado àquele que fora operado pela Administração para efeito da emissão do acto administrativo em causa. Com efeito, o reconhecimento, pelos tribunais alemães, de situações em que poderá operar uma margem de livre apreciação administrativa, resulta, não da conclusão de que existe, em certos conceitos indeterminados, um espaço de auto-determinação que deve ser entregue à Administração, tal como sucede na discricionariedade, mas antes da mera constatação da impraticabilidade processual de levar a efeito, no âmbito da processo judicial, a sindicância contenciosa do juízo subsumtivo efectuado pela autoridade administrativa. São, pois, as dificuldades práticas que poderá suscitar o controlo judicial das decisões administrativas, em certo tipo de matérias e interesses, que justificam uma maior contenção judicial.

Já foram admitidos pela jurisprudência alemã, com estes fundamentos, casos de margem de apreciação da Administração nas seguintes situações típicas:

- a) avaliação e qualificação de exames e provas de aptidão profissional (*Prüfungs- und prüfungs Entscheidungen*) — ex: provas académicas;

⁽⁴¹⁾ Neste sentido, pronunciou-se, por exemplo, REUSS, "Das Ermessen", in *Deutsches Kernwungsblatt*, 1953, págs. 585 e segs.

⁽⁴²⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, citado, págs. 386 e segs., que considera ter esta linha jurisprudencial sido gerada por um desvio doutrinário relativamente à teoria do *Beurteilungsspielraum* de BACHOF.

⁽⁴³⁾ EVA DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Pamplona, 1997, págs. 110 e segs.

- b) avaliação do rendimento e dos serviços prestados por funcionários públicos (*beamtenrechtliche Beurteilungen*);
 c) decisões de carácter valorativo adoptadas por órgãos colegiais independentes, compostos por peritos e/ou representantes de interesses;
 d) emissão de juízos prospectivos ou de avaliação de riscos, designadamente no âmbito do direito administrativo económico ou do ambiente (*Risikoentscheidungen*) ⁽⁴⁴⁾ ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. H. MAURER, *Droit Administratif Allemand cit.*, págs. 141 e segs.; H. J. WOLFF/O. BACHOF/R. STÖBER, *Verwaltungsrecht, cit.*, págs. 368 e segs.

⁽⁴⁵⁾ Esta concepção, que parte de uma distinção entre o plano volitivo-decisionista, próprio da discricionariedade, e o plano interpretativo-subsumtivo, característico dos conceitos indeterminados, para justificar a plena fiscalização contenciosa destes conceitos, tem vindo também a ser aceite por parte da doutrina portuguesa.

Assim, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA considera que a interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados, ao apontar para uma decisão justa, é uma actividade de mero reconhecimento de uma realidade existente, e, assim, uma actividade vinculada. Deste modo, a lei que prevê um conceito indeterminado impõe à Administração uma e só uma modalidade de comportamento, correspondente ao sentido imposto pela norma, não lhe conferindo qualquer "zona de liberdade". Logo, para este autor, os tribunais tem total legitimidade para controlar esta actividade interpretativa da Administração. No entanto, acaba por sustentar que "reconhecer um controlo judicial pleno não significa que ele tenha de ser sempre exercido na sua plenitude", e que é necessário atender aos elementos de certas decisões vinculadas de aplicação de conceitos indeterminados que, não obstante serem vinculados para o autor do acto, suscitam dificuldades que tornam incompatível ou impossível um controlo total por uma entidade exterior (cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *ob. cit.*, págs. 197 e segs.).

AZEVEDO MOREIRA parte de uma diferença estrutural entre conceitos indeterminados e discricionariedade, com base nos diferentes problemas que suscitam: de um lado, está uma questão de direito e de facto, que se traduz na interpretação de conceito inserto na previsão de uma norma a que vai subsumir-se uma situação de facto; do outro uma escolha entre vários comportamentos administrativos juridicamente indiferentes. Neste sentido, defende a "total sindicabilidade das operações de aplicação de conceitos indeterminados pela Administração", visto que elas acabam por envolver uma simples actividade de subsumção jurídica. Admite, porém, que algumas categorias excepcionais de casos, a fixar jurisprudencialmente, seriam de eximir a este princípio geral de controlo contencioso. Entre esses casos, não sujeitos a um controlo ilimitado, estariam: os actos praticados por certos órgãos autónomos da Administração (júris de exames ou de avaliação de conhecimentos pedagógicos ou científicos), devido a "razões práticas de exequibilidade" do controlo; certas decisões " eminentemente pessoais", como a avaliação de funcionários; decisões que impliquem o conhecimento de questões técnicas altamente complexas, sempre que não seja possível encontrar "padrões de verdade objectiva". (cfr. AZEVEDO MOREIRA, "Conceitos Indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa", in *Revista de Direito Público*, n.º 1, 1985, págs. 60 e segs.).

Também MARIA LUISA DUARTE assenta a sua posição numa "diferenciação conceptual e jurídica entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados", para concluir pela "necessária fiscalização contenciosa das operações de interpretação e aplicação" destes conceitos, dada a sua "natureza hermenêutica-subsumtiva". Enumera, no entanto, excepções a este princípio, motivadas por razões de impraticabilidade processual ou por limitações teórico-cognitivas a que se encontra sujeito o tribunal. As excepções enunciadas pela autora reconduzem-se, basicamente,

4. Conclusão: o conceito de “formulação de valorações próprias da função administrativa”

27. Delineadas as principais perspectivas existentes na doutrina e jurisprudência alemãs no tocante à questão da delimitação das fronteiras do espaço de auto-determinação próprio da Administração, sua configuração interna e limites da sua sindicabilidade contenciosa, dispomos agora do quadro referencial que poderá ter inspirado o legislador português na definição do conceito de “formulação de valorações próprias da função administrativa”, insito no artigo 71.º, n.º 2, do CPTA.

Procurando avançar para uma hipótese de interpretação, poderá afirmar-se que tal conceito é reconduzível a um *espaço de livre criação de efeitos jurídicos* que é confiado à Administração, e para cuja caracterização será necessário fazer intervir os seguintes elementos:

- a forma de exercício desse poder, que deverá implicar a densificação dos pressupostos de facto da decisão à luz da situação concreta através da formulação de juízos de valor, fundados em prognoses e ponderações, com assunção de riscos decisórios;
- a sua finalidade, que será a de permitir que à conformação jurídica de uma situação concreta presidam também critérios meta-jurídicos, que apenas o órgão habilitado tem idoneidade funcional para fixar.

Em primeiro lugar, o poder de conformação auto-determinada da Administração caracteriza-se por uma forma específica de exercício, que a lei define através da expressão “formulação de valorações”. Neste âmbito, *juízo valorativo* é todo aquele em que se manifesta um elemento volitivo no processo de aplicação do direito. Tal juízo implica, tipicamente, um raciocínio de *prognose*, ou seja, uma indagação, formada a partir dos factos existentes e conhecidos (base da *prognose*), para, servindo-se de princípios reconhecidos de experiência, se projectar sobre a ocorrência (provável) de um acontecimento futuro. Na verdade, só existirá verdadeiramente um espaço de auto-determinação da Administração nos casos em que esta é chamada a fazer uma avaliação ou valoração de uma situação concreta, baseando-se num juízo sobre as qualidades futuras de pessoas, coisas ou processos sociais, e assumindo, deste modo, um risco decisório. Tal pode suceder quer porque uma norma lhe atribui directamente uma faculdade plena de acção, quer porque nesta é utilizado um conceito indetermi-

às referidas por AZEVEDO MOREIRA (cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, “A discricionariedade Administrativa e os Conceitos Jurídicos Indeterminados”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 370, 1987, págs. 58, 59 e 66 e segs.).

nado que é susceptível deste preenchimento valorativo. Neste sentido, entendemos que na previsão normativa da “formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa” se pretendeu incluir também a aplicação pela Administração de certos conceitos indeterminados (todos aqueles que se caracterizem por o seu preenchimento não se esgotar num processo cognitivo de aplicação da lei, e, portanto, na mera subsunção de factos a matrizes normativas, antes reque-rendo a realização de outras operações valorativas complementares) com elementos prognósticos, de avaliação de alternativas ou fixação de prioridades.

Mas, para que se reconheça a existência de um espaço de conformação criadora da Administração, não é suficiente que a resolução auto-determinada de uma concreta situação social se faça através de um juízo valorativo. Exige-se ainda que esta valoração seja “própria da função administrativa”. Tal sucede quando o órgão decisor está legitimado a utilizar no processo valorativo prognóstico critérios extrajurídicos, extraídos de um programa político-administrativo, de uma ciência ou técnica distinta do Direito, ou da experiência pessoal ou colectiva.

Assim, e embora seja difícil desligar os dois elementos do conceito, será de entender que uma valoração é própria da função administrativa quando for auto-determinada nestes espaços que, por razões de natureza funcional, o legislador reserva à responsabilidade própria da Administração. Com efeito, atendendo ao princípio da separação de poderes, é adequado e necessário reservar à Administração certas decisões para as quais ela dispõe de maior idoneidade funcional (em face dos órgãos judiciais), em razão da sua estrutura orgânica, responsabilidade política, legitimidade democrática e específicos meios e procedimentos de actuação.

28. Parece-nos, portanto, que para definir o âmbito de aplicação do conceito de “formulação de valorações próprias da função administrativa” podemos fazer uso da doutrina de origem alemã primeiramente enunciada, identificando-o com o instituto da “margem de livre decisão administrativa” (*Entscheidungsspielraum*), que abarca a discricionariedade e o preenchimento valorativo de conceitos indeterminados que, na previsão normativa, enunciam pressupostos do acto administrativo. Podemos, igualmente, recorrer, à segunda construção dogmática exposta, que adopta um conceito amplo de discricionariedade.

Com efeito, ambas as perspectivas concordam num ponto que reputamos essencial para efeito de uma correcta interpretação daquele conceito normativo — a de que também a indeterminação conceptual das normas administrativas pode gerar espaços de avaliação e decisão da responsabilidade própria e autónoma da Administração ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ Doravante, a utilização tendencial da expressão *margem de livre decisão* para designar genericamente o espaço abrangido pelo conceito de “formulação de valorações próprias da fun-

Assim, será de rejeitar, em nossa opinião, a ideia que concebe a aplicação de conceitos indeterminados como uma actividade de natureza vinculada — em que o intérprete deve procurar a única solução juridicamente correcta —, totalmente revisível pelos tribunais administrativos. Na verdade, parece-nos indiscutível que a subsunção de factos em conceitos jurídicos indeterminados nem sempre constitui um mero acto de conhecimento da realidade, que se pode fazer através de operações hermenêutico-substantivas, exigindo muitas vezes um juízo valorativo, com forte intervenção de elementos de prognose, assente em parâmetros extra-jurídicos. Sempre que tal suceder, estamos perante um conceito indeterminado que implica a “formulação de valorações próprias da função administrativa” e que, portanto, integra a reserva da Administração.

Constata-se, aliás, que alguns dos defensores daquela orientação acabam por reconhecer, para certos domínios de actuação administrativa, a existência de uma margem de apreciação na aplicação de conceitos indeterminados, sustentando que “o controlo jurisdicional da interpretação de conceitos indeterminados é pleno na sua legitimidade, mas na prática poderá não atingir a sua plenitude” (47). Ora, para além das dificuldades que suscita, face ao fluir do direito e das relações sociais que regula, a limitação dos casos em que a indeterminação conceitual gera espaço de livre valoração administrativa a certos domínios tipificados, doutrinária ou jurisprudencialmente, parece-nos que não se justifica, face ao actual quadro jurídico-legal, que o reconhecimento da existência de casos de autodeterminação administrativa surja ligado a factores de inoperacionalidade processual de controlo da aplicação de certos conceitos indeterminados, e não como o resultado de uma posição de princípio que veja neles uma verdadeira delegação de poder do legislador na Administração para a tomada da decisão em última instância.

Com efeito, ao definir e concretizar no CPTA o conceito de “formulação de valorações próprias da função administrativa”, a intenção do legislador é a de (pela primeira vez na história do nosso contencioso administrativo (48)), fixar legalmente

ção administrativa” não representa uma opção dogmática por uma das teorias explanadas mas sim uma escolha motivada por razões de ordem prática (na medida em que o uso do termo discricionariedade, podendo ser associado à visão tradicional, mais restrita, que identifica discricionariedade como liberdade de escolha de resultados jurídicos ou de estatuição de norma, implicaria uma precisão de conteúdo que não contribuiria para a fluidez da exposição).

(47) Cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *ob. cit.*, pág. 224.

(48) É verdade que já o artigo 6.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril, ao determinar que “os recursos contenciosos são de mera legalidade”, restringia os poderes de cognição dos tribunais às questões de legalidade, vedando-lhes o controlo das decisões administrativas tomadas segundo critérios de mérito. Esta norma era, assim, entendida como estipulando um limite funcional da jurisdição administrativa, dado que dela decorria que apenas o exercício ilegal de poderes administrativos — ou seja, o comportamento da Administração contrário à lei em toda a medida em que houvesse vinculação — seria susceptível de controlo pelos

um critério vinculativo geral para os tribunais quanto à definição dos limites funcionais da jurisdição administrativa resultantes da existência de uma reserva parcial da Administração face ao poder judicial. Daí que não se tenha limitado a fazer-lhe referência no artigo 71.º, mas também em diversos outros dispositivos em que será presumivelmente maior o risco de o juiz administrativo vir a ultrapassar esses limites (ex: a propósito da cumulação do pedido de anulação de acto administrativo com pedido de condenação da administração à reconstituição da situação actual hipotética — artigo 95.º, n.º 3; como limite da definição do conteúdo de actos e operações necessários à execução para prestação de factos ou de coisas — artigo 168.º, n.º 2 — ou à execução de sentença de anulação de acto administrativo — artigo 179.º, n.º 1).

Na medida em que a referida fórmula legal vem fornecer aos operadores jurídicos um *critério* para identificar as situações em que a indeterminação conceptual implica o reconhecimento de uma margem de livre decisão à Administração — o de saber se o preenchimento do conceito indeterminado pressupõe um juízo valorativo prognóstico assente em parâmetros extra-jurídicos — justifica-se que o Tribunal passe a definir os limites funcionais da sua esfera de intervenção através da aplicação de tal critério.

Neste contexto, será de recusar a posição doutrinária e jurisprudencial que se limita a apelar a uma política jurisprudencial de auto-contenção, deixando à intuição do juiz, perante as dificuldades práticas que possam surgir na abordagem de certas questões, o modo de determinar a natureza vinculada ou aberta da actividade de aplicação de conceitos indeterminados. Para verificar o preenchimento daquele critério legal, deve o tribunal proceder à interpretação da norma resultante do poder administrativo e do complexo normativo em que ela se integra, socorrendo-se dos diversos recursos da hermenêutica (como a apreciação dos factores nacionais que a inspiram, da génese histórica que a prende a leis anteriores, da conexão que a enlaça às outras normas e a todo o sistema) por forma a avaliar a existência de uma opção legislativa que visa atribuir poder de decisão ao nível da execução administrativa da lei.

Nesta tarefa poderão ser úteis os tópicos argumentativos apresentados por OSSENBUHL, enquanto elementos interpretativos de apoio que partem de uma auto-observação jurídico-funcional. Com efeito, a especial competência técnica legalmente exigida à Administração, a complexidade específica de um procedimento administrativo, a especial legitimidade técnica ou social do órgão com competência decisória, o tipo e a natureza da relação material envolvida, são facto-

tribunais. Porém, de tal disposição não poderia ser retirada qualquer indicação que permitisse determinar a partir de que momento um actuação administrativa deixava de relevar da esfera da vinculação para integrar o espaço próprio de auto-determinação da Administração.

res a que podemos atender para, perante um caso concreto, determinar se houve ou não uma intenção do legislador de permitir à Administração tomar decisões numa área não hetero-determinada por normas jurídicas.

O *perfil funcional* da função administrativa, analisado na primeira parte deste trabalho, quer na perspectiva da preparação e estruturação orgânica e procedimental próprias da Administração, quer atendendo à possibilidade de esta ser responsabilizada politicamente pelas suas decisões, é fundamento jurídico-constitucional para a tomada em consideração destes elementos interpretativos de ordem lógico-sistemática. Assim, se nos depararmos com uma decisão administrativa que pressupõe o preenchimento de um conceito indeterminado através de uma operação de prognose, e, por exemplo, tal decisão está entregue a um órgão com especial aptidão técnica, ou com uma composição plural e legitimidade própria, ou é efectuada através de um procedimento de decisão administrativa complexo e equipado legalmente com garantias reforçadas, ou, ainda, se prende com o âmbito material da Administração político-económica e não afecta direitos fundamentais, naturalmente teremos fortes razões para concluir que deve pertencer à Administração a responsabilidade para, aplicando parâmetros metajurídicos decorrentes de um programa administrativo, da experiência pessoal, ou de conhecimentos técnicos, tomar sobre a questão uma decisão em última instância.

§ 4.º A PRONÚNCIA CONDENATÓRIA À PRÁTICA DE ACTOS VINCULADOS (ARTIGO 71.º, N.º 1, DO CPTA)

1. Emissão de sentença de condenação estrita

34. Definido o conceito de “formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa”, e delimitado a partir dele, o âmbito de aplicação das pronúncias condenatórias previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 71.º, importa agora analisar um conjunto diverso que questões que se suscitam quanto ao alcance e sentido de cada uma dessas pronúncias.

No caso de a emissão do acto administrativo que corresponde à pretensão material do interessado resultar de forma vinculada da interpretação da norma administrativa, quer no que respeita ao seu conteúdo, quer no que se refere à oportunidade de actuação da Administração, o Tribunal, nos termos do n.º 1 do artigo 71.º, “impõe a prática do acto devido”. Profere assim uma sentença condenando a Administração a emitir um acto administrativo com um sentido e conteúdo específicos e totalmente densificados. Mesmo quando a Administração, perante a pretensão formulada pelo particular, tenha permanecido em silêncio ou tenha, pura e simplesmente, recusado a apreciação do requerimento que lhe foi apresentado, a decisão do tribunal é de condenação estrita, pois ele ape-

nas terá de impor a produção dos efeitos que uma disposição normativa determina para os pressupostos factuais existentes.

Se a norma impõe, por exemplo, que, verificados certos requisitos, o particular tem direito à obtenção de uma determinada vantagem (*v. g.*, promoção na carreira, concessão de um subsídio), e é de entender que não existe qualquer margem de livre apreciação no preenchimento dos conceitos que identificam esses requisitos (fixando os pressupostos da decisão administrativa), nenhum obstáculo existe, nesse caso, a que o tribunal emita uma pronúncia condenatória impondo a prática, pela Administração, de uma decisão concreta favorável à pretensão do interessado ⁽⁴⁹⁾ ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ O acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de Janeiro de 2008 (Proc. n.º 01376/06) confere-nos um exemplo de adequada aplicação deste regime. Estava em causa um pedido de condenação à prática de acto devido dirigido contra o Secretário de Estado de Assuntos Fiscais por um funcionário da Direcção-Geral de Impostos que tinha sido nomeado, em regime de substituição, para um cargo de chefia, mas a quem tinha sido recusada a remuneração pelo índice e escalão correspondentes a tal cargo. Entendeu o Tribunal que o normativo aplicável à situação (o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro, que prescreve “o substituto terá direito à remuneração a que teria direito se fosse provido no cargo por nomeação”), interpretado quer à luz do elemento literal, quer à luz do elemento teleológico — sendo a sua ratio a de compensar o funcionário pelo exercício provisório de um cargo de maior responsabilidade, atribuído por iniciativa da Administração que entendeu que, apesar de poder não deter a categoria requerida por lei para a nomeação, tal funcionário era possuidor do perfil adequado para esse exercício —, permite concluir que o requerente tem direito a tal regime remuneratório. Neste sentido, o acto requerido tem carácter vinculado, pelo que o Tribunal condenou a entidade demandada a praticá-lo.

⁽⁵⁰⁾ Já no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 26 de Julho de 2007 (Proc. n.º 00648/04.4), parece-nos que o Tribunal podia ter ido mais longe na pronúncia condenatória, na medida em que a situação jurídico-administrativa em causa era enquadrável neste artigo 71.º, n.º 1, do CPTA. Estava em causa um pedido de condenação à prática de acto devido apresentado por uma Associação de Socorros Mútuos que, tendo requerido junto do INFARMED um pedido de licença de instalação de farmácia para os seus serviços privativos, não obtivera qualquer decisão. Entendeu o Tribunal que a emissão do acto administrativo que corresponde à pretensão material do interessado resultava de forma vinculada da interpretação da norma administrativa constante da Base II, n.º 4 da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965 (a qual estabelecia que “para cumprimento dos seus fins estatutários as misericórdias e outras instituições de assistência de previdência social poderão ser proprietárias de farmácias desde que se destinem aos seus serviços privativos”). Contudo, a final conclui que “a vinculação do INFARMED reside apenas e só em pedir os documentos em falta [referidos nos artigos 45.º e 46.º do Decreto-Lei n.º 48 547, de 21 de Agosto de 1096], apreciá-los criticamente e, se seu juízo quanto a eles for favorável (...), deverá a Associação de Socorros Mútuos no prazo de um ano instalar a farmácia”. Sucede que estes preceitos, que estabelecem os documentos que devem instruir o requerimento de instalação de farmácia (*v.g.* documento comprovativo da qualidade de farmacêutico do requerente, memória descritiva das instalações), não contém qualquer exigência sobre a qual a Administração deva emitir um juízo valorativo próprio da função administrativa, pelo que pronúncia condenatória devia ter sido no sentido de condenar o INFARMED a praticar o acto de licenciamento de instalação da farmácia, a partir do momento em que o requerente junte ao processo adminis-

2. Da possibilidade de emissão de sentença de condenação estrita, nos casos em que há vinculação mas a averiguação material é insuficiente

35. A emissão de sentenças de condenação ao abrigo do artigo 71.º, n.º 1, poderá suscitar especiais dificuldades nas situações em que o particular deduz uma pretensão baseada numa norma que prevê parâmetros normativos com carácter vinculado, mas cuja aplicação ao caso concreto exige uma averiguação material que não foi efectuada. Tal pode suceder por diversos motivos: o particular dirigiu um requerimento à Administração e esta não se pronunciou; a Administração pronunciou-se, recusando a pretensão do interessado, mas não chegou a praticar quaisquer actos de instrução; praticou actos de instrução, mas estes padecem de vícios que os tornam juridicamente inúteis.

Nestes casos, coloca-se a questão de saber se o Tribunal, para decidir, pode efectuar a indagação necessária, quer através de diligências de prova propostas pela parte, quer através de diligências oficiosas, e ditar uma sentença de condenação em sentido estrito, ou, pelo contrário, se deve limitar a proferir sentença-quadro, nos termos previstos no artigo 71.º, n.º 2, condenando a Administração a tramitar correctamente a pretensão do interessado, com observância apenas dos parâmetros que o tribunal possa desde logo fixar atendendo ao material probatório disponível.

No direito alemão, e no âmbito da *Verpflichtungsklage*, uma parte da doutrina e jurisprudência propende a entender que, em situações deste tipo, o tribunal não está obrigado a realizar as diligências necessárias para emitir uma decisão de fundo (colocando o processo no estado *Spruchreif*). O principal argumento utilizado pelos defensores desta tese é o da necessidade de respeitar a delimitação, decorrente do princípio da separação de poderes, entre as tarefas da aplicação originária da lei — para a qual é competente primariamente a Administração, no âmbito das competências do poder executivo —, e da jurisdição administrativa — que consistiria num controlo *ad posteriori* da actuação administrativa. Pretende-se, assim, primeiramente, evitar que os tribunais antecipem de modo inadequado as competências da Administração ⁽⁵¹⁾.

trativo os elementos referidos nos artigos 45.º e 46.º do Decreto-Lei n.º 48 547. Em sentido contrário, cfr. ESPERANÇA MEALHA, “A condenação à prática de acto devido na jurisprudência”, in *Revista do Ministério Público*, Jan./Mar. 2009, n.º 117, p. 186.

⁽⁵¹⁾ Cfr. FERDINAND KOPP, *ob. cit.*, págs. 1472 e segs. Neste sentido, ver sentença do *Verwaltungsgericht* de Munique de 26 de Setembro de 1995, que utiliza os argumentos apontados no texto para devolver à Administração a decisão sobre um requerimento de informação sobre emissões poluentes produzidas por uma empresa (apresentado ao abrigo da lei de informação ambiental), para que aquela aprecie a verificação dos restantes requisitos (vinculados) de acesso de infor-

A verdade é que não nos parece que do princípio da separação de poderes se possa retirar a ilação de que a Administração tenha o “direito de primazia” por forma a ser ela a adoptar a primeira decisão conformadora de uma situação jurídico-administrativa. Aliás, entre nós, o tradicional princípio da decisão prévia, do qual se depreende a necessidade de uma precedência cronológica da actuação administrativa face à jurisdição administrativa, há muito que vem sendo sucessivamente abalado e relativizado, quer pela suspensão jurisdicional de eficácia do acto administrativo (com efeitos na fase executiva do procedimento), quer pela jurisdicionalização da execução da sentença anulatória (permitindo ao tribunal que especifique os actos e operações em que deve consistir a execução da sentença anulatória), quer ainda pelo regime de contencioso pré-contratual (susceptível de entregar ao juiz o papel de reorganização de um procedimento) ⁽⁵²⁾. Esta tendência acentuou-se no novo CPTA, dado que o objecto de diversas pretensões que seguem a forma da acção administrativa (previstas no artigo 37.º, n.º 2) configuram situações jurídico-administrativas não geradas por um prévio acto administrativo. Acresce que é o próprio artigo 67.º do CPTA que, ao elencar os pressupostos da condenação à prática de acto devido, contempla uma situação equivalente, ao permitir que a acção condenatória possa ser utilizada no caso de omissão simples, ou seja, quando a Administração, perante o requerimento do particular se tenha mantido numa situação de passividade, não emitindo qualquer decisão expressa no prazo legalmente cominado. Ainda nesse caso, a ausência de um acto administrativo prévio, não impede o tribunal de emitir uma pronúncia condenatória, impondo à autoridade administrativa a prática de um acto com um certo conteúdo concreto.

Não é possível, pois, retirar do princípio da separação de poderes uma proibição de os juízes se ocuparem “em primeiro lugar” de questões para as quais a Administração tem competência decisória, mas que se absteve de analisar previamente no procedimento administrativo.

É óbvio que tal princípio impõe, como temos vindo a sustentar, uma delimitação entre o núcleo essencial da função administrativa, no cumprimento das diversas tarefas que a lei confere à Administração para a prossecução do

mação, depois de o tribunal considerar verificado aquele que a Administração tinha primeiramente negado (publicada no *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 15, 1996, págs. 410-413). Este argumento decorre claramente da seguinte passagem de tal sentença: “este princípio (que obriga os tribunais a colocar o assunto litigioso em condições de ser emitida uma decisão de fundo) deve ser adequadamente limitado a fim de se alcançar uma delimitação lógica entre as funções da Administração, como poder executivo, e dos tribunais administrativos, cuja missão consiste basicamente num controlo *ad posteriori* da actuação administrativa e não num exercício em nome próprio de funções administrativas”.

⁽⁵²⁾ Ver, sobre estes exemplos, SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, citado, pág. 771.

interesse público, e a função jurisdicional, de controlo de tal actuação nos seus espaços jurídicos. Mas pensamos que os limites funcionais da jurisdição, decorrentes de tal delimitação, não são afectados pelo reconhecimento da faculdade de os tribunais efectuarem as averiguações probatórias necessárias à emissão de uma pronúncia condenatória sempre que, como sucede no âmbito do artigo 71.º, n.º 1, o que está em causa sejam decisões de competência vinculada da Administração. Se o tribunal, pode, aqui, controlar plenamente o juízo material, meramente cognitivo, efectuado pela Administração para decidir se deve ou não enquadrar a situação concreta factual nos pressupostos normativamente fixados, não se vê razão para que não possa também fazer esse exame em primeira mão.

Assim, parece-nos que o juiz está legitimado a procurar colocar o assunto litigioso em condições propícias a que se sobre o mesmo incida uma decisão de fundo, obtendo, através dos diversos meios processuais legalmente possíveis (requisição do processo administrativo, diligências probatórias oficiosas, actos instrutórios praticados a pedido da parte) todos os elementos necessários para decidir se a Administração está ou não obrigada a praticar o acto a que se refere a pretensão do demandante na acção. Ao fazê-lo, não estará a ultrapassar os limites de competência dos órgãos judiciais⁽⁵³⁾.

No entanto, poderá aceitar-se que o tribunal opte por devolver o assunto à Administração, quando, atendendo à qualidade e quantidade dos trâmites procedimentais omitidos ou incorrectamente efectuados pela Administração, a sua realização no âmbito do processo judicial não seja, por razões de funcionalidade, viável ou exigível⁽⁵⁴⁾.

Na verdade, face à complexidade desproporcionada de alguns actos de instrução e ao facto de os tribunais não disporem dos meios adequados para os levar a cabo, poderá ser oportuno, em certos casos, à luz de argumentos de *eficácia*, remeter a tarefa de averiguação material para a Administração, que estará em melhores condições, pela sua capacidade organizativa, de a efectuar mais adequadamente. Em tais situações, esta solução poderá evitar quer tramitações procedimentais deficientes, quer tramitações que, pela sua especial dificuldade, contribuam para um excessivo atraso processual.

⁽⁵³⁾ J. PACHECO DE AMORIM ("A Substituição Judicial da Administração na Prática de Actos Administrativos Devidos", in *Reforma do Contencioso Administrativo: o Debate Universitário*, Lisboa, 2000, pág. 383) parece pronunciar-se neste sentido, quando, a propósito da substituição judicial da Administração na prática de actos devidos, sempre que não exista ou tenha sido ultrapassada a vertente discricionária da competência, considera "a possibilidade de o juiz administrativo fazer uso dos seus poderes instrutórios para proceder às diligências probatórias e, em geral, à verificação de factos que porventura requeira a prática do acto omitido ou recusado (e, portanto, também a sentença que em hipótese o possa substituir)".

⁽⁵⁴⁾ Cfr. A. HUERGO LORA, *ob. cit.*, págs. 303 e segs.

Esta "devolução" do assunto à Administração opera-se através da emissão de uma sentença-quadro, ao abrigo do artigo 71.º, n.º 2, através da qual se condenará a Administração a tramitar correctamente a pretensão do interessado, sendo esta apenas obrigada a respeitar os parâmetros que o tribunal possa fixar em função do material probatório existente. Tal opção, sendo válida na medida em que permite ainda satisfazer o direito à tutela jurisdicional efectiva do particular, justifica-se como forma de evitar as repercussões negativas na funcionalidade do sistema judicial.

§ 5.º A PRONÚNCIA CONDENATÓRIA À PRÁTICA DE ACTOS QUE ENVOLVEM A FORMULAÇÃO DE VALORAÇÕES PRÓPRIAS DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA (ARTIGO 71.º, N.º 2, DO CPTA)

36. Quando a emissão do acto administrativo pretendido pelo particular envolva a formulação de valorações próprias da função administrativa, o alcance da sentença que o Tribunal está autorizado a emitir é regulado pelo artigo 71.º, n.º 2, sendo que, neste caso, o juiz não pode determinar o conteúdo do acto a praticar, mas apenas proferir aquilo que na doutrina alemã se designa por uma "sentença-quadro", ou seja, uma decisão que explicita as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido.

Coloca-se, pois, a questão de saber que *vinculações* podem ser estas, ou seja, a que limites está sujeita a Administração no exercício de uma margem de livre decisão administrativa.

É hoje unanimemente reconhecido que toda a decisão administrativa, mesmo aquela que se situa no núcleo essencial da função administrativa, contém sempre uma zona de vinculação. Não existem poderes inteiramente livres, nem poderes exclusivamente vinculados, mas apenas proporções variáveis de exercício de tais poderes. Assim, quer em sede de discricionariedade estrita, quer no domínio da valoração de conceitos verdadeiramente indeterminados, encontramos parcelas vinculadas, que limitam o poder concretizador da Administração, e zonas de livre apreciação e decisão, que consubstanciam uma verdadeira manifestação de autonomia administrativa.

Como o próprio sentido semântico da expressão torna claro, a margem de livre decisão não constitui um espaço de total liberdade decisória da Administração. Ela só existe na medida em que seja conferida por lei e na medida em que não seja ultrapassado qualquer limite imposto pelo bloco de legalidade. Trata-se de uma consequência do princípio da legalidade da Administração e da exigência constitucional de uma tutela jurisdicional efectiva dos particulares perante a Administração (artigos 20.º, n.º 5, e 268.º, n.º 4, da CRP).

Os limites da margem de livre decisão são de dois tipos, conforme a sua origem: *vinculações legais* e *limites imanes*. As primeiras são estabelecidas pelas próprias normas que conferem a margem de livre decisão ou por normas que sejam contextuais em relação a elas. Para além das vinculações que dizem respeito a requisitos de legalidade específicos de determinada conduta administrativa, existem quatro vinculações permanentes da margem de livre decisão: *i)* o fim a prosseguir com a conduta administrativa habilitada; *ii)* a competência subjectiva para a sua adopção; *iii)* o processo de formação da vontade; e *iv)* as formalidades essenciais e os vícios de forma.

Os *limites imanes* da margem de livre decisão, por sua vez, decorrem de normas constitucionais que, pelo seu âmbito de operatividade, incidem sobre todo e qualquer exercício de margem de livre decisão⁽⁵⁵⁾. Referimo-nos, por um lado, aos princípios da actividade administrativa consagrados nos artigos 266.º, n.os 1 e 2, da CRP e 4.º, 5.º, 6.º-A, 9.º e 11.º do CPA (princípios da prossecução do interesse público, da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares, da proporcionalidade, da imparcialidade, da boa fé, da igualdade, da justiça, da decisão e da gratuidade). Mas também os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos — outros que não o direito à igualdade —, enquanto direitos subjectivos afectados de modo individualizado, constituem parâmetros de validade da conduta administrativa no exercício da margem de livre decisão, sendo tarefa dos tribunais administrativos controlar a subordinação da Administração à esfera jurídico-fundamental⁽⁵⁶⁾.

I. Redução a zero da margem de livre decisão e consequente abertura para a emissão de sentença de condenação estrita: análise doutrinal e sistematização dos fundamentos jurídicos

40. Da incidência destes limites sobre a margem de livre decisão pode resultar, num determinado caso concreto, que passe a existir apenas uma decisão juridicamente admissível.

Tal sucede sempre que, embora a Administração disponha, em abstracto, de um espaço de auto-determinação que lhe permita a conformação do conteúdo do acto a praticar, o respeito pelas normas e princípios jurídicos que a vinculam, nas circunstâncias concretas, conduz ao reconhecimento de que só lhe resta praticar um acto com um determinado conteúdo. Neste caso, fala-se de redução a zero da margem de livre decisão.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *ob. cit.*, pág. 195.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Coimbra, pág. 233.

A consequência imediata é a de que, em tal situação, o poder administrativamente exercido deve ser tratado como vinculado quanto aos aspectos relevantes, nomeadamente para efeitos de controlo jurisdicional. Neste sentido, o artigo 71.º, n.º 2, veio consignar expressamente a possibilidade de redução da margem de livre decisão no âmbito da acção de condenação à prática de acto devido, permitindo a emissão de sentenças de condenação estrita quando, embora a emissão do acto envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, *a apreciação do caso concreto pode permitir “identificar apenas uma solução como legalmente possível”*.

Foi no direito germânico que esta figura jurídica se formou, abrangendo quer a redução a zero da discricionariedade (*Ermessensreduzierung auf Null*), quando a possibilidade de escolha de comportamentos à luz de uma faculdade discricionária se restringe a uma só decisão válida, quer a redução a zero da margem de livre apreciação no preenchimento de conceitos indeterminados (*Beurteilungsreduzierung auf Null*), sempre que apenas seja admissível uma única subsunção de um desses conceitos, por todas as outras abstractamente possíveis incorrerem, no caso concreto, em vícios jurídicos⁽⁵⁷⁾. Como tivemos já oportunidade de referir, esta contracção da margem de livre decisão tem como consequência lógica, no plano processual, a possibilidade de o juiz administrativo emitir uma pronúncia condenatória estrita, ao abrigo do § 113, Abs. 5, da VwGO, na medida em que o objecto litigioso se encontra então no estado *Spruchreif*.

A doutrina alemã explica esta redução do espaço autónomo de decisão administrativa como um factor que transforma a posição jurídica do demandante, dando-lhe direito a obter uma sentença em que se indique à Administração a conduta concreta a seguir. Na verdade, perante uma margem de livre decisão, os interessados tem direito a que ela seja exercida de forma juridicamente correcta — podendo recorrer aos tribunais para fazer valer esta pretensão —, mas não podem, em princípio, exigir que, entre todas as opções incluídas em tal margem, a Administração se decida por uma delas. Porém, sempre que exista uma redução dessa margem a zero, verifica-se um fortalecimento da sua posição jurídica, que se transforma no direito a exigir um acto administrativo determinado, porque qualquer outra opção seria contrária ao direito⁽⁵⁸⁾.

É, pois, no direito germânico que devemos procurar elementos de apoio para definir os contornos jurídicos-sistemáticos desta figura e esclarecer os factores que devem concorrer numa determinada situação para que se verifique uma redução da margem de livre decisão, procurando sistematizar diferentes

⁽⁵⁷⁾ Cfr. FERDINAND KOPP, *ob. cit.*, págs. 1477 e 1504, e H. J. WOLF/O. BACHOF/R. STÖBER, *ob. cit.*, pág. 373.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. HUERGO LORA, *ob. cit.*, pág. 321.

fundamentos jurídicos de redução que sejam plenamente aplicáveis na nossa ordem jurídica.

O estudo doutrinal desta matéria enfrenta, porém, uma objecção, que consiste em afirmar que a solução deste problema depende sobretudo da análise do circunstancialismo do caso concreto e deve ser deixada ao sentido prudencial da actividade judicial, sem que seja necessário definir um conjunto de regras abstractas ⁽⁵⁹⁾. De acordo com esta perspectiva, verifica-se que a jurisprudência alemã sobre redução da margem de livre decisão a zero não tem desenvolvido uma imagem conceptual desta figura de forma dedutiva a partir de princípios gerais, mas sim de forma indutiva a partir dos casos concretos. Na verdade, como salienta GERN, os tribunais alemães não se ocupam da definição de pressupostos de redução geralmente válidos, antes se limitando a decidir de acordo com a casuística de quadros jurídicos específicos ⁽⁶⁰⁾.

Sem prejuízo de admitir que se trata de um domínio em que a casuística assume especial relevância, parece-nos, no entanto, que se deve avançar um pouco mais no desenvolvimento doutrinal da questão: por um lado, porque é possível identificar critérios jurídicos de redução susceptíveis de discussão racional e aplicáveis em todos ou na grande maioria dos casos; por outro, porque tal análise é imposta por exigências mínimas de segurança jurídica, sendo a única forma de evitar que proliferem, sem fundamento, critérios sectoriais distintos para cada tribunal e em função da matéria sob apreciação.

48. Sempre que existe uma habilitação normativa para o exercício de responsabilidade decisória da Administração esta dispõe de um espaço de auto-determinação na fixação valorativa dos pressupostos da sua decisão ou na criação conformadora de soluções jurídicas. A redução da margem de livre decisão a zero, na medida em que implica que seja retirada ao executor da norma a liberdade de escolha e avaliação que lhe estava confiada, solidificando-a num único sentido, significa sempre uma transformação da norma jurídica. Ora, esta transformação carece de justificação.

Sabemos que a Administração, ainda que na formulação de valorações próprias da função administrativa, continua a estar sujeita ao ordenamento jurídico global como programa vinculativo. A redução da margem de livre decisão a zero é exactamente um reflexo desta vinculação. Ela exprime o máximo de vinculação possível — só uma apreciação de um conceito inde-

⁽⁵⁹⁾ Nesta linha, na doutrina espanhola, T. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991, pág. 124.

⁽⁶⁰⁾ "Die Ermessensreduzierung auf Null", in *Deutsches Verwaltungs Blatte*, n.º 23, 1987, pág. 1195.

terminado é juridicamente válida ou só uma consequência jurídica é adequada ao direito.

Neste sentido, podemos identificar dois pressupostos distintos do fenómeno da redução da margem de livre decisão, que resultam essencialmente de uma conexão entre factores materiais e jurídicos.

O primeiro é de natureza interna, pois nele a redução resulta da interpretação da própria norma habilitadora. Verifica-se sempre que a análise das concretas circunstâncias factuais, à luz do *telos* da disposição legal, permita concluir que um único efeito de direito corresponde à finalidade da lei.

O segundo pressuposto de redução da margem de livre decisão é de carácter externo, decorrendo da relação entre a norma que concede o espaço de auto-determinação e outros preceitos e princípios jurídicos. Ocorre quando os factos da situação concreta convoquem uma interferência normativa prevalecente — em princípio decorrente de direito hierarquicamente superior — que relativamente àquela se sobrepõe, reduzindo a margem de liberdade à partida existente na apreciação ou decisão administrativa.

Importa desenvolver, com mais detalhe, cada um destes fundamentos para uma melhor compreensão do fenómeno da redução da margem de livre decisão.

1. A interpretação da norma habilitadora como fundamento interno de redução da margem de livre decisão

49. A redução resulta da interpretação normativa sempre que esta nos permita concluir, atendendo ao fim do preceito habilitador, que o legislador teria associado a uma determinada situação de facto uma consequência jurídica estrita. Um indício desta situação é o preenchimento particularmente intenso da previsão legal de uma norma — aquilo que, na doutrina alemã, se designa por intensificação da previsão legal (*Tatbestandsintensivierung als Reduktionsindikator*) ⁽⁶¹⁾.

Na verdade, o preenchimento de conceitos indeterminados que, na previsão de um preceito normativo, integram os pressupostos de um acto administrativo, pressupõe uma margem de livre apreciação quando, em abstracto, esteja dependente de uma tarefa de avaliação da responsabilidade própria do órgão administrativo decisor. Porém, na aplicação dessa disposição a um caso concreto, poderá suceder que as circunstâncias factuais preencham numa medida tão elevada a previsão legal, que o fim da norma só possa ser cumprido se a decisão for num determinado sentido ⁽⁶²⁾. Neste caso, excepcionalmente, não há qual-

⁽⁶¹⁾ Cfr. GERN, *ob. cit.*, pág. 1198.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*; FERDINAND KOPP, *ob. cit.*, pág. 1505.

quer espaço para a ponderação de interesses legalmente admitida, pelo que desaparece o fundamento para a subsunção valorativa, pela Administração, da realidade de facto. Esta está obrigada a adoptar a consequência jurídica ligada à previsão legal (desde que, naturalmente, ela tenha natureza estrita, ou seja, desde que não estejamos perante um caso de discricionariedade na estatuição).

Quando, por exemplo, uma família sem abrigo se dirige à autoridade administrativa competente para obter alojamento, e esta tem, para esse efeito, disponibilidade suficiente num lar municipal, parece não restar à Administração, à luz do fim da norma que atribui competência para decidir, qualquer alternativa de ponderação sobre a decisão a proferir⁽⁶³⁾. Do mesmo modo, parece-nos que se funda neste pressuposto de redução da margem de livre decisão a jurisprudência alemã no domínio do direito tributário, segundo a qual a Administração está vinculada a decidir favoravelmente a isenção de uma taxa, quando a equidade é definida como um pressuposto da previsão legal de isenção, e se verifica, no caso concreto, que a não inclusão da situação de facto nessa previsão representaria uma “dureza inequívoca”⁽⁶⁴⁾. Na verdade, o que está aqui em causa é que da situação material concreta decorre um preenchimento da previsão legal com uma intensidade particularmente alta.

Entendemos, todavia, que, como refere DI FABIO, estes casos, em que é de considerar que uma autoridade administrativa está privada da ponderação ou valoração material abstractamente querida pelo legislador, têm uma natureza manifestamente excepcional⁽⁶⁵⁾, dado o grau de intensificação da previsão que é exigível.

A jurisprudência portuguesa fornece-nos já um caso que permite perspectivar a aplicação prática deste fundamento de redução a zero da margem de livre decisão (cfr. Acórdão TCA Sul de 29 de Novembro de 2007, Proc. n.º 2977/07). Estava em causa um pedido de renovação de autorização de residência por razões humanitárias, requerido ao abrigo do artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 15/98, de 26 de Março, o qual determina que “*é concedida autorização de residência por razões humanitárias aos estrangeiros e aos apátridas (...) que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, por motivos de grave insegurança devida a conflitos armados ou à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifiquem*”. No caso, um cidadão egípcio solicitou a renovação da autorização de residência de que beneficiava, alegando estar impedido de regressar ao seu país de origem por nele se manter a grave situação de violação dos direi-

⁽⁶³⁾ Exemplo referido por DI FABIO, “Die Ermessensreduzierung. Fallgruppen, Systemüberlegungen und Prüfprogramm”, in *Verwaltungsarchiv*, n.º 86, 1995, pág. 229.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. GERN, *idem*.

⁽⁶⁵⁾ *Ob. cit.*, pág. 230.

tos humanos que justificara as anteriores autorizações concedidas. Tendo tal pedido sido indeferido por despacho do Secretário de Estado Adjunto da Administração Interna, atendendo à “falta de fundamentos legais e factuais que o justifiquem”, veio aquele cidadão solicitar a condenação judicial da Administração na prática de acto devido. Ao apreciar tal pedido, o Tribunal considerou que o preenchimento do conceito de “sistemática violação de direitos humanos” não comporta qualquer margem de livre escolha, constituindo uma operação vinculada de interpretação da lei, sindicável judicialmente⁽⁶⁶⁾. Ora, neste caso, tendo em conta a matéria de facto dada como provada no procedimento administrativo — designadamente, aquela que resultava do Relatório do Comissariado Nacional para os Refugiados em que se fundava a decisão, o qual conclui que no país de origem “(...) as forças de segurança continuam a maltratar e torturar prisioneiros, deter e prender arbitrariamente pessoas, prolongar os períodos de prisão preventiva e, ocasionalmente, a envolver-se em detenções em massa (...)” e que o “requerente fora perseguido por ser opositor do regime, havendo justo receio de novas perseguições em caso de regresso (...)” — o Tribunal “julgou preenchido o pressuposto legal fixado no artigo 8.º, n.º 1, *in fine*, da Lei n.º 15/98, da “sistemática violação dos direitos humanos”, tendo condenado a entidade demandada a renovar autorização administrativa de residência em Portugal por razões humanitárias.

Com o devido respeito, discordamos da fundamentação jurídica em que assenta esta sentença. Na verdade, o pressuposto que é utilizado na previsão normativa da norma interpretada como determinante para aplicação da sua estatuição — a existência de uma situação de *sistemática violação dos direitos humanos que seja apta a impedir o regresso de um cidadão ao seu país de origem* — comporta uma indeterminação conceptual que gera espaços de avaliação da responsabilidade própria da Administração. Com efeito, a actividade administrativa em causa envolve a valoração de uma situação de facto como condição do exercício de uma competência, sem que tal juízo assente em pressupostos objectivos normativamente fixados. A lei não define, em termos qualitativos, o que deve ser considerado, para estes efeitos (que exigirão uma certa gravidade da infracção), uma *situação de violação de direitos humanos*, nem esclarece, em termos quantitativos, qual a medida que tal situação deve assumir para ser considerada “sistemática”. Assim, a condenação da entidade demandada à prática do acto de renovação da autorização não deveria fundar-se na circunstância de

⁽⁶⁶⁾ Na tese defendida no Acórdão, a “fixação do que é que se entende por ocorrência «sistemática» reportada à «violação dos direitos humanos» não cabe no âmbito da discricionariedade administrativa, antes se reconduz ao exercício vinculado de apuramento de uma sucessão objectiva de ocorrências verificadas no tempo, evidenciadas pela actividade instrutória levada a cabo no procedimento administrativo”.

estarmos perante um “domínio da actividade vinculada, em que apenas cabe proceder a uma operação de interpretação e fixação do conteúdo do conceito indeterminado de “*violação dos direitos humanos*” (tese sustentada no Acórdão), sendo que a situação factual verificada é passível de ser subsumida nessa única interpretação admissível (o que reconduz tal condenação ao n.º 1 do artigo 71.º do CPTA). Em nosso entender, no caso em apreço, só poderia ser justificada a emissão de uma sentença de condenação estrita como aquela que foi proferida se o Tribunal, reconhecendo que a previsão do artigo 8.º da Lei n.º 15/98 conferia uma prerrogativa de avaliação a cargo da Administração, concluisse, no entanto, que as circunstâncias factuais consideradas provadas preenchiam numa medida tão elevada essa previsão legal que, ponderada a finalidade subjacente à disposição legal, a concessão da renovação da autorização era o único efeito de direito que permitiria corresponder a tal finalidade (pelo que estaríamos perante um caso de redução a zero da margem de livre decisão abstractamente conferida pela norma, sendo aplicável o artigo 71.º, n.º 2, primeira parte) (67).

2. A sobreposição de direito prevalecente como fundamento externo de redução da margem de livre decisão

50. O segundo e mais comum pressuposto da redução da margem de livre decisão é a sobreposição de uma outra norma jurídica que implique a derrogação, no caso concreto, da norma atributiva do espaço de auto-determinação da Administração.

Em princípio, este efeito decorre de normas que, por ocuparem um lugar superior no sistema de fontes do direito, prevalecem sobre o preceito que atribui margem de livre decisão, invalidando a liberdade de escolha a esta inerente e produzindo uma redução do espaço de auto-determinação a zero.

2.1. Sobreposição por direito de grau hierárquico superior

a) Direitos Fundamentais

51. Este papel de direito de conteúdo prevalecente pode, designadamente, ser desempenhado pelos *direitos fundamentais*. Na verdade, um elemento uni-

(67) Parece-nos, no entanto, que os factos considerados provados no caso *sub judice* não tinham densidade suficiente para produzir este efeito restritivo da margem de livre decisão garantida à Administração. Com efeito, não só as referências às violações de direitos humanos que constam do relatório do Comissariado Nacional para os Refugiados como verificadas no Egipto assumem um carácter vago e incircunstanciado, como a alegação, contida nesse relatório, de que haveria “justo receio de o requerente ser perseguido em caso de regresso” se parece reconduzir temporalmente ao momento de apreciação do primeiro pedido de autorização de residência por razões humanitárias.

forme em muitos dos casos jurisprudenciais que surgem, no direito alemão, sobre a redução a zero da margem de livre decisão é a circunstância de a norma habilitante da margem valorativa da Administração entrar em colisão com preceitos jurídico-constitucionais que consagram direitos fundamentais, fazendo com que, no caso concreto, apenas uma solução surja como conforme ao direito (68).

Neste contexto, coloca-se uma questão essencial, que é a de saber em que circunstâncias podem ser retirados do conteúdo abstracto expressivo dos direitos fundamentais elementos que conduzem a uma redução da margem de livre decisão.

Uma parte significativa da doutrina responde a esta questão limitando-se a remeter para um critério geral de redução de margem de livre decisão, que assenta na apreciação da existência de um “grave perigo para bens jurídicos importantes” (*schweren Gefährdung für wichtige Rechtsgüter*) (69). Estes autores seguem uma jurisprudência há bastante tempo desenvolvida pelo *Bundesverwaltungsgericht*, segundo a qual a limitação total da discricionariedade só deve aplicar-se em casos particularmente graves, ou seja, quando se verificar que a decisão de não actuação provocava uma elevada intensidade de perturbação ou perigo para interesses de terceiros, pondo em causa bens jurídicos de grande

(68) Isso sucede, por exemplo, no âmbito de decisões judiciais que incidem sobre a *actividade administrativa de polícia ou ablativa*, em que estão normalmente em causa os bens da vida, saúde ou propriedade, que constituem o fundamento jurídico de muitas disposições da disciplina urbanística ou da legislação de repressão de actividades industriais em matéria de poluição ou ruídos (citando diversos exemplos, DI FABIO, *ob. cit.*, pág. 216). No domínio do *direito dos estrangeiros*, o *Bundesverwaltungsgericht* já condenou a Administração a atribuir uma autorização de residência, apesar do poder de livre apreciação e decisão que existe em abstracto, com base no artigo 16.º, II, da *Grundgesetz*, relativo ao direito fundamental de asilo (cfr. H. MAURER, *ob. cit.*, pág. 136). Também no que respeita à decisão de expulsão de cidadãos estrangeiros, aquele tribunal superior já considerou que a margem de livre decisão da entidade administrativa pode reduzir-se de tal forma, tendo em conta o âmbito de protecção que o artigo 6.º da *Grundgesetz* concede às relações familiares — designadamente quando a pessoa visada tenha contraído matrimónio com um cidadão alemão — que, em muitos casos, só a permanência no território se poderá revelar como a única decisão lícita (cfr. DI FABIO, *ob. cit.*, pág. 226.). Um outro exemplo que pode ser citado prende-se com um caso de concessão de licenças para a utilização especial da via pública (*strassenrechtliche Sondernutzungserlaubnis*) — que corresponde normalmente ao exercício de um poder discricionário —, em que aquele tribunal alemão, tendo em consideração a protecção assegurada pelo artigo 21.º, I, da *Grundgesetz* alemã aos partidos políticos, decidiu que deve ser obrigatoriamente concedida uma licença deste tipo quando se destine à afixação de propaganda eleitoral, por partidos políticos, no período da campanha eleitoral (publicada na *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht*, n.º 47, págs. 280 e segs.). Igualmente a igualdade, a liberdade de expressão artística e a dignidade humana fundam, em muitos casos concretos, uma redução da margem de livre decisão a zero.

(69) Neste sentido, FERDINAND KOPP, *ob. cit.*, pág. 1504; DI FABIO, *ob. cit.*, pág. 233.

importância (como a vida e a saúde) ⁽⁷⁰⁾. Neste sentido, por exemplo, se a actividade de uma unidade industrial de produção de explosivos põe em causa a vida de terceiros, a Administração tem necessariamente de intervir para pôr fim à situação de perigo existente ⁽⁷¹⁾.

Este critério não nos parece, porém, ser suficiente. Na verdade, ainda que se considere que todos os bens jurídicos constitucionais são *bens jurídicos importantes* — não podendo estes nunca deixar de ser considerados como factores conducentes a uma redução da margem de livre decisão —, fica, no entanto, por esclarecer qual o *grau de intensidade de violação do seu conteúdo* que é exigível. Importa identificar uma regra praticável que nos permita determinar a partir de que ponto um prejuízo ou perigo para um bem protegido ao nível constitucional pode causar uma limitação total do espaço de auto-determinação concedido por uma norma de direito ordinário.

Neste sentido, entendemos ser de efectuar uma distinção essencial entre a redução da margem de livre decisão que obriga a Administração a uma *omissão* (ou a abster-se de actuar de uma determinada forma) e a redução que obriga a Administração a uma *actuação* (ou a actuar de uma determinada forma).

No primeiro grupo de casos, os direitos fundamentais, através da sua dimensão originária de *defesa* dos indivíduos contra intervenções do Estado, conferem o fundamento jurídico para uma limitação da autonomia administrativa, sempre que for de entender que a actuação da Administração seria contrária ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo — princípio que é aqui chamado a intervir pois representa o critério de exame geralmente reconhecido para o controlo das agressões estaduais na esfera jurídica-fundamental ⁽⁷²⁾. No con-

⁽⁷⁰⁾ Como informa A. HUERGO LORA (*ob. cit.*, pág. 325), as primeiras sentenças a definir este critério para a redução de discricionariedade foram ditadas por tribunais civis, no âmbito da sua competência para julgamento das matérias relativas à responsabilidade civil do Estado. Neste domínio, a decisão judicial pioneira foi proferida pelo *Bundesgerichtsof* a 22 de Dezembro de 1952 (publicada na *Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland*, n.º 5, págs. 319 e segs.), num caso em que fora deduzido um pedido indemnizatório contra a Administração em consequência da explosão de uma mina abandonada num jardim. A entidade administrativa procurou afastar a sua responsabilidade, apesar das denúncias recebidas anteriormente, alegando tratar-se de uma intervenção que se incluía no espaço de discricionariedade de que dispunha. O tribunal reconheceu esta discricionariedade, mas afirmou que o seu exercício “está submetido a limites que podem derivar das circunstâncias do caso concreto. Numa situação de perigo iminente para bens jurídicos fundamentais, a polícia deve intervir para evitar esses riscos”.

⁽⁷¹⁾ Cfr. sentença do *Bundesverwaltungsgericht*, publicada na *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1977, pág. 153, citada por J. PIETZCKER, “Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung”, in *Juristische Schulung*, 1982, pág. 108.

⁽⁷²⁾ Cfr. K. HANS, V. SCHLETTE e T. SCHMITZ, “Ermessen und Ermessenreduktion — ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltung Recht”, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 122, 1997, pág. 54.

texto do presente estudo, não tem interesse, porém, desenvolver este ponto, na medida em que, estando em causa uma redução que vincula a Administração a não actuar ou omitir determinadas medidas administrativas, estamos fora do âmbito de aplicação da acção de condenação à prática de um acto administrativo, que justamente visa reagir contra uma omissão ou recusa da prática de um acto.

Quanto à redução da margem de livre decisão relativamente a uma determinada actuação administrativa, ela só pode fundar-se nos *deveres de protecção* dos direitos fundamentais por parte do Estado. Com efeito, a evolução na dogmática nos direitos fundamentais trouxe como consequência que a vinculação dos poderes estaduais aos direitos fundamentais deixou de se limitar ao cumprimento do dever principal respectivo (de abstenção, nos direitos de liberdade, ou ainda de prestação ou de garantia de participação), antes implicando também o *dever de protecção* perante quaisquer ameaças — designadamente vindas de terceiros —, a fim de assegurar a sua efectividade ⁽⁷³⁾.

Neste sentido, se, por exemplo, uma construção ilegal coloca em perigo a segurança de um prédio vizinho, ameaçando a vida dos seus ocupantes, estes podem alegar que a discricionariedade de que a Administração disporia na decisão de ordenar a demolição deve ser restringida e que pode aquela ser judicialmente condenada a intervir neste sentido concreto, invocando que o Estado e todas as entidades públicas estão obrigados a proteger o seu direito fundamental à vida.

Encontrado o fundamento jurídico-dogmático para a redução da margem de livre decisão a uma actuação, quando efectuada com base em bens jurídicos salvaguardados por direitos fundamentais, não está, porém, resolvido o problema inicialmente colocado. Continua, com efeito, a colocar-se a questão de saber em que circunstâncias é que estes deveres de protecção podem justificar uma efectiva redução do espaço de auto-determinação.

Quanto a este ponto, entendemos, com K. HANS, V. SCHLETTE e T. SCHMITZ, que a figura da redução é, também neste domínio, de aplicar restritamente. Assim, uma redução que obrigue o poder executivo a actuar ou até a realizar uma determinada alternativa de actuação, só pode ser aceite quando, no caso contrário, não seria cumprido o dever de protecção jurídico-constitucional na sua *medida mínima exigível*. Aproveita-se aqui o entendimento formulado pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) no que respeita aos deveres de protecção ao nível da intervenção legislativa, de acordo com o qual a liberdade do legislador, em princípio ampla, é apenas limitada pela necessidade de

⁽⁷³⁾ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, cit., pág. 142; DI FABIO, *ob. cit.*, pág. 221.

assegurar uma medida mínima adequada de protecção dos direitos fundamentais (*Mindestmass*), sob pena de violação do “proibição do défice” (*Untermassverbot*) (74). Quando o legislador transfere uma parte do seu espaço de manobra de actuação para a Administração, através da concessão de uma margem de livre decisão, justifica-se a aplicação do mesmo critério jurídico-constitucional, pelo que só excepcionalmente, com base em circunstâncias especiais do caso concreto, pode desaparecer completamente esse espaço de auto-determinação.

Não basta, porém, a remissão para as circunstâncias fácticas para se determinar quando se fica “aquém” daquele mínimo de protecção exigível. Importa, definir, se possível, um critério normativo uniforme. Este critério não pode ser deduzido *prima facie* a partir da configuração específica de cada direito fundamental, mas é possível retirá-lo do valor que sabemos constituir o núcleo comum de todos eles — a *dignidade da pessoa humana*. É a partir da ideia do homem como ser digno e livre, que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, que é possível construir uma referência comum.

Assim, sempre que as circunstâncias do caso conduzam à conclusão de que, sem uma determinada actuação da autoridade, se violaria o *núcleo de dignidade humana* do direito fundamental em causa (75), poderá afirmar-se que se fica “aquém” do mínimo de protecção exigido. Logo, justifica-se que o espaço de livre apreciação e decisão da Administração se reduza, podendo esta ser obrigada a intervir e, se for caso disso, a adoptar uma determinada intervenção concreta.

Em síntese, enquanto na redução da margem de livre decisão, quando está em causa a pretensão de um interessado no sentido de a Administração se abster de um comportamento, vigora o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de proibição do excesso, na situação inversa em que se pretenda que a Administração adopte um comportamento positivo, vale o princípio da proibição do défice, aplicado com base no critério do grau mínimo de protecção que é aferido à luz do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

52. A antecedente explanação permite que nos pronunciemos criticamente sobre parte significativa da jurisprudência alemã, que propende a aceitar com uma maior amplitude a aplicação do princípio da redução da margem de livre decisão a zero. Com efeito, não nos parece ser de admitir, como por vezes é sustentado, que no domínio da *actividade administrativa de polícia ou ablativa*

(74) Cfr. K. HANS, V. SCHLETTE e T. SCHMITZ, *ob. cit.*, pág. 51. Sobre os reflexos dos deveres de protecção na liberdade constitutiva do legislador, VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, pág. 144.

(75) Ou seja, a ausência de uma actuação administrativa infringiria as exigências mínimas de valor que, por serem a projecção da ideia de dignidade humana, constituem a essência do respectivo preceito constitucional.

(onde se incluem áreas como as da disciplina urbanística, a repressão de actividades contrárias às normas vigentes em matéria de poluição ou ruídos, com a actuação contra práticas restritivas da concorrência) exista, por princípio, um dever de intervenção em casos de intensidade média de perturbação de bens jurídicos (76). Também são de recusar, à luz das considerações anteriormente tecidas, as decisões judiciais que admitem que, para certos grupos de casos, a discricionariedade é, em regra, de reduzir a zero. Quanto a este último ponto, é sobretudo questionável a concepção difundida na jurisprudência, segundo a qual, no direito do ordenamento urbanístico, sempre que uma determinada construção viola uma norma urbanística, lesando igualmente a posição jurídica de um particular (por exemplo, uma construção ilegal que prive um proprietário vizinho de luz ou de vista), existe, por regra, uma redução da discricionariedade, estando o tribunal legitimado, sem mais considerações, a condenar a Administração a promover a demolição da construção (77) (78).

Na verdade, da referência ao ordenamento constitucional é possível extrair fortes argumentos contra uma limitação tão ampla do espaço de manobra da autoridade administrativa no direito da edificação. Basta considerar que as disposições de direito urbanístico visam, por vezes, também realizar a protecção de valores jurídico-constitucionais (assim, para indicar apenas um exemplo, as normas que fixam a distância entre construções, que se destinam a garantir a insolação e salubridade de edifícios vizinhos e a evitar o risco de incêndios, têm como objectivo, em última instância, salvaguardar os bens constitucionais da vida, saúde e propriedade). Nada obsta, pois, a que intervenha aqui o critério de *medida mínima* como fundamento da redução da discricionariedade. Nestes termos, a condenação judicial da Administração na prática de um acto administrativo

(76) Neste sentido, por exemplo, DI FABIO, *ob. cit.*, pág. 219.

(77) Neste sentido, sentença do *Oververwaltungsgericht* de Münster, de 17 de Maio de 1983 (publicada no *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 37, 1984, págs. 883 e segs.). Como indicam K. HANS, V. SCHLETTE e T. SCHMITZ (*idem*) nessa decisão o tribunal pronuncia-se no sentido de que “o dever de promover uma intervenção favorável ao vizinho perturbado é a regra e a ausência de uma intervenção a excepção, que tem de ser especialmente fundamentada”.

(78) Como destaca DI FABIO, ocorre aqui uma inversão da relação regra-excepção, da qual decorre uma alteração do ónus de alegação e prova. Na verdade, se se entender que toda violação material do direito urbanístico que consista também na ofensa de uma norma de protecção das relações de vizinhança conduz, por regra, a uma redução da discricionariedade, é a autoridade urbanística que tem de demonstrar, no caso, a existência de uma situação atípica, de carácter excepcional, para poder gozar a liberdade discricionária que lhe é atribuída pela lei. Pelo contrário, segundo a jurisprudência originária do *Bundesverwaltungsgericht* (cfr. notas 70 e 71), acima referida, para que se aceitasse uma redução de discricionariedade, nessa mesma hipótese, era ao vizinho que procurava protecção pela autoridade que incumbia demonstrar que ocorreu uma limitação atípica da sua esfera jurídica, isto é, que a violação da norma urbanística implicou uma lesão intensa dos seus direitos que torna justificável uma intervenção administrativa (*ob. cit.*, pág. 220).

com um conteúdo concreto, só deverá ter lugar quando o vizinho é lesado tão intensamente pela actuação ilegal que a subsequente inacção administrativa, nesse caso, ficaria aquém da medida mínima de protecção exigível, afectando o núcleo essencial do direito fundamental em causa, constituído pelas projecções da ideia de dignidade humana.

53. Outra das causas mais comuns de limitação da margem de livre decisão a uma única opção de actuação lícita é fornecida pelas situações de auto-vinculação da Administração que se baseiem no direito à igualdade de tratamento igual (protegido, na ordem jurídica alemã, pelo artigo 3.º da *Grundgesetz*)⁽⁷⁹⁾. Existindo um precedente administrativo — que pode resultar de uma prática administrativa homogénea ou de uma norma geral e abstracta que defina, antecipadamente, os termos segundo os quais se deve exercer uma margem de livre decisão⁽⁸⁰⁾ — toda a decisão que, numa situação comparável, rompa com esse precedente, será contrária à ordem jurídica, por violar o direito à igualdade de tratamento. No caso de só existirem duas alternativas de actuação, tal violação pode traduzir-se na vinculação, para a Administração, de actuar num sentido determinado.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. FERDINAND KOPP, *ob. cit.*, pág. 1504; GERN, *ob. cit.*, pág. 1198; H. FABER, *ob. cit.*, pág. 291. Na jurisprudência alemã, este fundamento de redução da margem de livre decisão tem sido utilizado, por exemplo, no quadro do regime jurídico da naturalização de estrangeiros. Através da emissão de directivas respeitantes aos pressupostos em que se deve admitir a naturalização e uma correspondente prática administrativa, o poder decisório relativamente a esta matéria pode ser orientado internamente. Ora, estando a Administração obrigada a cumprir o princípio da igualdade, em face do artigo 3.º da *Grundgesetz*, uma prática administrativa homogénea pode proporcionar ao particular a satisfação de uma pretensão destinada a obter um tratamento idêntico. Na verdade, a vinculação da Administração a um contínuo padrão de actuação pode ser tão intensa que o princípio da igualdade apenas suporte a manutenção da anterior *praxis* administrativa, operando-se então uma redução a zero do espaço próprio de auto-determinação administrativa. Ainda segundo a jurisprudência alemã, o direito ao tratamento igual pode vincular o poder de decisão da Administração no que respeita à atribuição de *subvenções*. Na ausência de uma motivação adequada, uma decisão que rompa com um precedente vinculativo anterior é considerada contrária ao direito, apesar de ser ditada ao abrigo de um espaço próprio de apreciação na aplicação de conceitos imprecisos ou no exercício de um poder discricionário e o seu conteúdo ser uma das opções incluídas, em princípio, no âmbito desse espaço (cfr., por exemplo, decisão do *Oververwaltungsgericht* de Münster, publicada no *Die öffentliche Verwaltung*, 1981, págs. 109 e segs.).

⁽⁸⁰⁾ No que respeita à admissibilidade e aos efeitos destas normas, no direito português, concordamos com a opinião sustentada por J. TIAGO SILVEIRA, que se pronuncia favoravelmente sobre a validade de *directivas* de auto-vinculação da Administração quanto ao exercício de poderes discricionários e à fixação do conteúdo de conceitos indeterminados e, fundando-se nos princípios da igualdade e da protecção da confiança, defende que estas produzem efeitos externos perante os particulares (cfr. “Directivas de Auto-vinculação em Poderes Discricionários”, *Revista Jurídica*, n.ºs 18-19, 1995, págs. 165 e segs.).

Sendo um dado indiscutível o de que a actuação anterior de um órgão administrativo o deve vincular na sua conduta presente e futura, importa, no entanto, frisar um aspecto que nos parece assumir aqui grande importância — a igualdade só é invocável no contexto de situações idênticas. Ora, por vezes sucede que os novos casos, apesar das semelhanças existentes, apresentam aspectos de pormenor diferentes, ou são influenciados por uma alteração do condicionalismo de facto entretanto ocorrida, circunstâncias que poderão justificar também uma diferente reacção da autoridade. A questão da comparabilidade ou diferenciabilidade da situação material é um problema bastante delicado, mas, ao mesmo tempo, determinante no que respeita a decidir sobre uma (possível) auto-vinculação da Administração nos comportamentos futuros. Neste âmbito, poderá também ser aqui relevante lançar mão da aludida conexão entre direitos fundamentais e dignidade humana. É possível fazer intervir a redução da margem de livre decisão, com base no princípio da igualdade, apenas quando se fique aquém de um grau mínimo de fundamentação material para a não adopção de um comportamento igual.

b) Princípios jurídico-constitucionais

54. O direito constitucional é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Estes últimos, enquanto comandos jurídicos impositivos de exigências de optimização, constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito ordinário, e, nesta medida, podem vincular uma decisão tomada ao abrigo de uma norma habilitadora de margem de livre decisão, ao ponto de limitar as opções nela incluídas a uma única.

Neste âmbito, são relevantes, desde logo, os *princípios jurídicos fundamentais* (*Rechtgrundsätze*), entre os quais se destacam o princípio do Estado de Direito e as suas diversas dimensões concretizadoras, cujos postulados são exigíveis perante qualquer actuação de qualquer poder — legislativo, executivo e judicial. Foi, por exemplo, com base no princípio da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança*, elementos materiais do princípio do Estado de Direito, que a jurisprudência alemã começou por fundamentar a vinculatividade da promessa de actos administrativos (*Zusicherung*)⁽⁸¹⁾ — é a necessidade de protecção

⁽⁸¹⁾ No âmbito do direito urbanístico, por exemplo, têm vindo a ser admitidas limitações do espaço discricionário da Administração com fundamento numa auto-vinculação fundada na protecção e consideração da confiança (*Vertrauensgesichtspunkten*), quando, em resultado de uma actividade administrativa prévia — que pode ser uma promessa ou um certo facto material — só é admissível uma única possibilidade de actuação. Por exemplo, sobre uma promessa a investimentos de protecção do ruído, cfr. decisão do *Oververwaltungsgericht* de 25 de Janeiro de 1993, UPR 1993, pág. 231. Num caso em que a Administração procedeu à demolição de uma casa, por risco de

da confiança depositada na promessa que a torna vinculativa no sentido da prática do acto prometido ser um acto devido judicialmente exigível⁽⁸²⁾. Também o *princípio da proporcionalidade*, construído como sub-princípio concretizador do Estado de Direito, é utilizado pela doutrina e jurisprudência germânicas como instrumento de exame do exercício da margem de livre decisão, conduzindo, por vezes, ao resultado da sua redução a zero.

Entre nós, também os princípios gerais da conduta administrativa, que encontram constitucionalização expressa no artigo 266.º, n.º 2, desempenham o papel de parâmetros de controlo das decisões incluídas nos espaços de auto-determinação reconhecidos à Administração.

Neste ponto, importa salientar, porém, que, exactamente porque se tratam de meros parâmetros de sindicabilidade, estes princípios não se destinam a apontar injuntivamente uma solução que o órgão administrativo deve adoptar em absoluto, limitando-se a fixar certos “canônes” que devem ser observados no *iter* “lógico” que conduz à decisão. Deles não resulta directamente qualquer solução material, mas a obrigação de respeitar certos valores quando se toma essa decisão. Nesta linha de entendimento, os princípios constitucionais que regem a actuação dos poderes públicos, não indicam *positivamente* qual deve ser o sentido exacto da actuação administrativa perante pressupostos de facto determinados, antes indicam *negativamente* qual o sentido que em nenhum caso pode ser adoptado⁽⁸³⁾.

Dado que a programação normativa dos princípios é de natureza negativa, o controlo judicial da sua aplicação deve também seguir um método negativo. O que importa é verificar se foram desrespeitados os limites impostos, e não se um certo conteúdo da decisão ou valoração (que os princípios, em regra, não impõem com exclusão de outros) foi efectivamente concretizado⁽⁸⁴⁾.

Neste contexto, os casos em que a aplicação dos princípios gerais da conduta administrativa à luz dos factos concretos permite limitar a margem de livre decisão, reduzindo a uma só o leque abstracto de decisões à partida admissíveis,

ruína, contribuindo para o desalojamento de uma família, e esse facto material justificou uma redução da margem de livre decisão, cfr. sentença do *Verwaltungsgerichtshof* de Kassel, NUW 1984, pág. 2305.

(82) Cfr. JOÃO TABORDA DA GAMA, *A Decisão de Auto-vinculação e Acto Administrativo Devido*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Inédito, 2003, págs. 67 e segs. Para que a vinculatividade da promessa e as consequências do seu incumprimento se respaldem no princípio da confiança, é necessário que na situação jurídica promissória se identifiquem certos elementos, ligados por um nexo causal: uma actuação administrativa criadora de confiança, que será a promessa; uma situação de confiança justificada, que, neste caso, respeita ao crédito que o promissário dá à promessa; finalmente, um investimento de confiança, ou seja, que o promissário pratique actos fundados na promessa.

(83) Cfr. M. BACIGALUPO, *ob. cit.*, pág. 207; A. HUERGO LORA, *ob. cit.*, pág. 324.

(84) Como sustenta SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo, cit.*, pág. 620.

são manifestamente *excepcionais*, devendo os seus pressupostos ser devidamente clarificados e exigindo-se, quanto a eles, um esforço jurisprudencial de fundamentação particularmente intenso.

Assim, parece-nos que a verificação de uma violação dos parâmetros ínsitos nos referidos princípios apenas pode justificar uma redução do espaço de auto-determinação, e a conseqüente determinação judicial do conteúdo da decisão administrativa, nos casos em que os factores materiais indiciem que tal violação apresenta *carácter ostensivo*. Deste modo, só num caso em que todas as restantes alternativas de solução sejam manifestamente violadores destes princípios gerais de direito se pode admitir que a sua programação normativa, em princípio, negativa, se transforme, excepcionalmente, numa programação positiva.

55. Para concretizar o entendimento aqui exposto, será útil salientar algumas especificidades da sua aplicação em relação a três destes princípios metodológicos.

Assim, quanto ao *princípio da proporcionalidade*, por exemplo, é necessário destacar que, embora sendo todas as suas dimensões de natureza relacional, a adequação e a necessidade fazem apelo a juízos abstractos de carácter fundamentalmente teleológico e lógico, enquanto a razoabilidade envolve um juízo axiológico referente a colisões verificadas em concreto, implicando a formulação de ponderações. Deste modo, a sua objectividade enquanto parâmetro de controlo da margem de livre decisão administrativa é muito menor: é por isso que, neste domínio, é essencial que as possibilidades de controlo jurisdicional — especialmente quando este tem natureza injuntiva — se limitem aos casos de desrazoabilidade manifesta, sob pena de o juiz se substituir à Administração na ponderação e valoração dos interesses relevantes, e, assim, se instituir, como regra geral, um controlo positivo quando este deve ser negativo.

Neste contexto, pode assumir especial relevância, na tarefa de garantir que os tribunais não neutralizem indevidamente a margem de livre decisão, uma adaptação da figura do *erro manifesto de apreciação*, que a jurisprudência portuguesa, por inspiração francesa, tem vindo a adoptar no controlo daqueles espaços de decisão auto-determinada⁽⁸⁵⁾. Assim, só quando se puder concluir que

(85) Salientando a importância que pode assumir o uso da técnica do erro manifesto de apreciação como forma de garantia do respeito pelas competências administrativas no âmbito da margem de livre decisão, SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, citado, págs. 631 e 779; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *ob. cit.*, pág. 208; SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, pág. 133. Esta é técnica que tem, em regra, sido seguida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no controlo da aplicação do princípio da proporcionalidade — cfr. EVA DESDENTADO DAROCA, *ob. cit.*, pág. 239.

qualquer outra qualificação de uma realidade fáctica sob um determinado conceito indeterminado é grosseiramente (isto é, desrazoavelmente) errónea, ou que qualquer outra ponderação ou valoração de interesses numa decisão discricionária é ostensivamente desrazoável, é que pode o tribunal proibir tais qualificações ou valorações e condenar a Administração a actuar num determinado sentido. O exigível carácter evidente da inadequação ou desequilíbrio das restantes valorações constitui, assim, o único modo de habilitar os tribunais a converterem em positivo um critério de controlo que, tendo de ser, em regra, negativo, não permite conduzir à descoberta de um certo sentido da decisão.

Também quanto ao *princípio da justiça*, a sua relevância como pressuposto de redução a zero da margem de livre decisão administrativa terá de ser considerada nesta perspectiva, sob pena da poderem vir a ser emitidas pronúncias condenatórias sob a influência de factores emocionais e subjectivos de justiça. O princípio da justiça enquanto tal só pode fundar um certo conteúdo de decisão ou valoração nas situações em que a qualificação de todas as alternativas existentes como injustas é susceptível de alcançar um consenso intersubjectivo (por definição, situações de injustiça manifesta e ostensiva).

Finalmente, no que respeita ao *princípio da igualdade*, e na medida em que este constitui uma refracção do direito fundamental à igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição, remete-se para as considerações anteriormente expandidas sobre as restrições na aplicabilidade dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos afectados de modo individualizado, como parâmetros de validade da conduta administrativa conducentes à limitação a zero da uma margem de livre decisão (cfr. *supra*, n.º 43).

c) Direito comunitário

56. Também o direito comunitário, na sua dimensão de direito hierarquicamente superior, pode produzir um efeito de sobreposição sobre a norma que concede à Administração o poder de livre apreciação e decisão, dando lugar a uma vinculação estrita.

No caso de regulamentos comunitários que têm efeito directo, funciona, sem dúvida, a prevalência de aplicação. Aqui, importa apenas averiguar, através da interpretação, se o conteúdo de direcção específico do ordenamento comunitário é tão denso que apenas permite uma única decisão administrativa.

Já no caso das directivas, que carecem de transposição através de normas do direito interno, pode discutir-se até que ponto devem ser aplicadas directamente no âmbito da interpretação de normas jurídicas nacionais e no controlo de decisões administrativas tomadas à luz de uma margem de livre decisão. Apesar de todas as questões de princípio jurídico-estaduais e de teoria de normas que aqui se colocam, e cuja resposta varia com o estado de integração do

direito comunitário em cada caso alcançado, parece-nos que os problemas de mais difícil resolução surgem apenas nas situações em que leis nacionais impõem uma clara vinculação jurídica da Administração, mas esta, invocando uma directiva de conteúdo mais aberto, opta por desaplicar a norma interna. Na situação inversa, quando a directiva prevê uma vinculação ao direito inequívoca da Administração e, em contrapartida, um preceito jurídico interno deixa à entidade em causa um espaço de auto-determinação, parece não existirem dúvidas de que se deve concluir por uma redução da margem de livre decisão, no sentido de considerar que apenas é lícita uma interpretação conforme à directiva. Assim, se, por exemplo, o direito nacional coloca na discricionariedade da Administração a decisão de exigir ou não a devolução de uma subvenção mal aplicada, mas uma directiva comunitária prevê como regra que haja lugar, nesse caso, à reposição dos montantes subvencionados, não resta nenhum espaço para uma discricionariedade de decisão no que respeita à posição a adoptar nesse âmbito.

2.2. Sobreposição por direito de grau hierárquico inferior (em especial, a redução a zero da margem de livre decisão fundada na prévia emissão de juízo valorativo condicionante do exercício do poder administrativo)

57. Anteriormente afirmamos que a redução a zero da margem de livre decisão, quando causada pela sobreposição de direito prevalecente, resulta, em regra, de uma norma hierarquicamente superior ao preceito que confere a discricionariedade ou a margem de apreciação de pressupostos definidos através de conceitos indeterminados. Excepcionalmente, porém, também o direito de grau hierárquico inferior pode desencadear este efeito de derrogação, quando a sua aplicação ao caso concreto possa resultar da refracção de um direito de nível superior⁽⁸⁶⁾.

Uma sobreposição deste tipo é possível sobretudo no âmbito da contratação pública, mas também no domínio da actuação soberana unilateral através de acto administrativo. De facto, a Administração encontra-se obrigada a respeitar os efeitos jurídicos que, para os particulares, resultam de actos administrativos válidos e eficazes que tenha produzido e de contratos em que tenha tomado parte, sendo que qualquer desses actos jurídicos representa, nessa medida, um espaço de auto-vinculação, que condiciona uma ulterior intervenção administrativa, favorável a terceiros, que seja susceptível de colidir com a esfera de interesses privados anteriormente constituída.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. GERN, *ob. cit.*, pág. 1198.

Dado que esta força vinculativa se pode filiar, em última análise, no princípio da legalidade, a redução da discricionariedade, na hipótese considerada, acaba por se fundamentar num princípio jurídico que regula a actividade administrativa, e, portanto, num preceito jurídico de nível superior ao da norma que eventualmente confira espaço de autonomia na regulação da situação conflituante. Com efeito, entende-se actualmente, que os elementos de legalidade não se restringem às normas jurídicas estritas, de tipo legislativo e regulamentar, abrangendo também as situações jurídicas derivadas de anteriores actos ou contratos administrativos ⁽⁸⁷⁾.

Podemos vislumbrar uma concretização deste fundamento de redução da margem de livre decisão, por exemplo, no caso das promessas administrativas, quando se considere que estes actos, enquanto representam um compromisso assumido pela Administração perante um sujeito exterior de vir a actuar num determinado sentido, constituem verdadeiros actos administrativos ⁽⁸⁸⁾. Nesta perspectiva, parece-nos que as promessas não constituem apenas parâmetros de aferição da invalidade das futuras actuações administrativas que as contrariem, apresentando também uma força positiva própria, que se traduz numa vinculação ao seu cumprimento, decorrente do ordenamento jurídico, e que pode fundar uma condenação judicial na prática de acto devido, desde que se trate de uma promessa de um acto administrativo que abranja não apenas o sentido da decisão a proferir mas também a escolha de oportunidade para decidir.

Existe ainda um importante grupo de casos em que a redução da margem de livre decisão se pode justificar com base no pressuposto aqui analisado. Trata-se daquelas situações em que o juízo valorativo da Administração só pode ser exercido numa dada direcção porque esta formulou, num procedimento anterior que culminou com a emissão de um acto administrativo inválido, pronúncias que comprimem a sua margem de opção, reduzindo-a a uma única solução possível ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ Neste sentido, já se pronunciou o STA, ao considerar que o Estado viola a legalidade se desrespeitar os direitos que para os particulares resultam de actos administrativos ou de contratos administrativos. Tal entendimento fundou-se na tese de que o princípio da legalidade “que constitui um princípio fundamental da nossa ordem jurídica e emerge do próprio conceito de Estado de Direito, parece abranger, para além do respeito das normas jurídicas, o das vinculações resultantes das manifestações de vontade destinadas à produção de efeitos em casos concretos” (cfr. Acórdão do STA de 30-06-1977, in *Acórdãos Doutrinários* n.º 195, pág. 283; na mesma linha, Acórdãos do STA de 10-07-1980, processo n.º 12022, e de 17-06-1997).

⁽⁸⁸⁾ Neste sentido, JOÃO TABORDA DA GAMA, *ob. cit.*, pág. 270, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia*, *cit.*, pág. 750. Tal solução tem sido acolhida pela jurisprudência do STA — cfr. Acórdãos do STA de 09-02-1989, processo n.º 17 425, e de 22-05-1997, processo n.º 41691.

⁽⁸⁹⁾ Alguma doutrina portuguesa identifica como casos de *redução da discricionariedade a zero* as situações em que uma escolha que competia à Administração já foi realizada ou em que

Assim, sempre que a Administração estabelece uma graduação de candidatos, no âmbito de um concurso de adjudicação ou de provimento, e o tribunal vem a anular a decisão por motivos que se prendem apenas com o primeiro classificado, e que não põem em causa a posição relativa dos restantes opositores, deve entender-se que há uma redução da margem de livre decisão da Administração, que está obrigada a decidir em favor do candidato graduado na posição imediata. Com efeito, os juízos valorativos que a Administração inclui num acto administrativo praticado no âmbito de um espaço de auto-determinação mantêm a sua eficácia e continuam a vincular a Administração apesar da invalidação do acto em que estavam contidos, sempre que não sejam afectados pela causa que conduziu a essa invalidação ⁽⁹⁰⁾.

Imagine-se uma situação em que, na sequência de um concurso de provimento para um lugar de professor associado numa Universidade, o júri define os critérios de avaliação e, em função deles, aprecia os diferentes candidatos e efectua a graduação, seguindo-se a nomeação para o cargo do primeiro classificado. Sendo este acto objecto de impugnação por motivos que não afectem os critérios utilizados na graduação — por exemplo, porque se concluiu que o candidato escolhido não tinha, afinal, o tempo de serviço efectivo como docente que era exigido —, o candidato classificado em segundo lugar pode invocar uma limitação total das opções de escolha da Administração, que estará vinculada a nomeá-lo, nada obstando a que o tribunal venha a emitir uma sentença de condenação estrita nesse sentido ⁽⁹¹⁾.

O acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 26 de Outubro de 2006 (Proc. n.º 01844/06), confere um outro exemplo de situação típica em que, quanto a nós, estavam reunidos os pressupostos para se emitir uma sentença deste tipo, com fundamento em redução da discricionariedade a zero por vinculação decorrente de acto administrativo anterior (ainda que o tribunal não tenha decidido nesse sentido). Estava em causa, neste processo, um concurso público para a prestação de serviços de alimentação num hospital, tendo o con-

a avaliação subjectiva que lhe cumpria fazer já teve lugar na fase instrutória do procedimento administrativo, sem, porém, explicar o fundamento de tal limitação do espaço de decisão, da responsabilidade da Administração, à partida existente (cfr. J. PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, pág. 389). Parece-nos que tal fundamento reside no facto de a valoração já efectuada pela Administração se traduzir num acto administrativo prévio, que torna o cumprimento dessa valoração objecto de uma obrigação jurídico-pública a respeitar nas actuações administrativas posteriores.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. A. HUERGO LORA, *ob. cit.*, pág. 333.

⁽⁹¹⁾ No sentido de poder ser cumulado um pedido condenatório na prática de acto devido com a impugnação de acto de conteúdo ambivalente (como sucede nos concursos de provimentos e nos procedimentos relativos à formação de contratos), com vista a assegurar, no âmbito do mesmo processo, a satisfação do interesse pretensivo do impugnante, ver MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, págs. 349-350.

corrente cuja proposta foi aí classificada em segundo lugar requerido a anulação do acto de adjudicação, na medida em que a proposta vencedora não cumpria o requisito fixado no caderno de encargos quanto à presença mínima de trabalhadores no período de funcionamento da cozinha. Simultaneamente, tal concorrente requereu ao Tribunal que condenasse a Administração a adjudicar o contrato à sua proposta. No referido acórdão, o TCA Sul, anulando o acto de adjudicação com o fundamento invocado, indeferiu o pedido de condenação com o alcance pretendido pelo requerente, defendendo que o “juízo valorativo [de avaliação das propostas], nos planos subjectivo e objectivo, tem de ser repetido, ainda que o erro em causa, porventura, não se tenha verificado quanto às propostas dos demais candidatos”. Com o devido respeito, discordamos deste entendimento. Na verdade, esse juízo valorativo já foi efectuado, consubstanciando-se no relatório de avaliação das propostas, inexistindo qualquer motivo que justifique ou torne necessário uma reformulação desse relatório — conduta em que a entidade adjudicante acabou por ser condenada neste caso. Aquele juízo traduz-se num acto administrativo prévio, que torna o cumprimento dessa valoração objecto de uma obrigação jurídico-pública a respeitar nas actuações administrativas posteriores. Neste quadro, parece-nos que o Tribunal estava em condições para verificar se a proposta avaliada em segundo lugar respeitava o requisito fixado no caderno de encargos, e, em caso afirmativo, condenar a Administração a adjudicar o contrato de prestação de serviços a tal proposta, sem necessidade de qualquer outra tramitação procedimental. Estamos, pois, perante um caso em que um acto cujo conteúdo tipicamente envolve a formulação de valorações próprias da função administrativa — como é o acto de adjudicação, que implica uma decisão sobre o mérito de diferentes propostas, assente no preenchimento valorativo de conceitos indeterminados através dos quais se fixam os critérios de adjudicação — poderia, no caso em apreço, ser imposto pelo Tribunal, uma vez que a liberdade de escolha e avaliação que estava inicialmente confiada à entidade adjudicante se solidificou numa única solução legalmente admissível, por já ter sido anteriormente exercida num determinado sentido.

3. A impossibilidade de emissão de sentenças de condenação estrita em caso de manutenção de discricionariedade de escolha

58. Para finalizar o estudo da figura da redução a zero da margem de livre decisão importa dar um destaque especial a uma questão que temos vindo a abordar apenas de forma incidental, e que se prende com o grau de limitação do espaço de auto-determinação que é necessário para desencadear a consequência processual de emissão de sentença de condenação estrita, ao abrigo do artigo 71.º, n.º 1, do CPTA.

Para este efeito, importa voltar aqui a destacar a distinção, anteriormente referida, entre as duas modalidades que pode assumir o objecto da discricionariedade, enquanto liberdade conferida por lei à Administração para que esta escolha entre várias alternativas de actuação juridicamente admissíveis. Existe, por um lado, a *discricionariedade de acção*, que designa as situações em que a Administração tem a opção entre actuar e não actuar, ou seja, aplicar ou não uma consequência jurídica prevista como possível mas não imposta pela norma habilitante. Já no caso de o órgão administrativo poder escolher entre duas ou mais actuações permitidas pela norma, quer elas se encontrem previstas em termos alternativos, quer o legislador se limite a estabelecer um núcleo mínimo identificador do género da medida, estamos perante a *discricionariedade de escolha*.

Se o espaço de decisão da responsabilidade da Administração diz respeito ao *preenchimento valorativo* de pressupostos de uma decisão e a estes está ligada uma *consequência estrita* — logo, não existe qualquer modalidade de discricionariedade (em sentido estrito) —, então uma redução da margem de apreciação existente na aplicação daquele conceito tem como necessária consequência que apenas uma decisão é conforme ao direito. Neste caso, o tribunal pode determinar o conteúdo da conduta a adoptar através de uma *sentença de condenação estrita*.

Se existe discricionariedade, mas esta se “limita” ao *an* da decisão, ou seja, à *opção entre emitir ou não emitir* o acto administrativo solicitado, então a limitação desta margem de livre decisão, se ocorrer no sentido positivo, tem como efeito a vinculação da Administração à actuação administrativa pretendida, e o tribunal está igualmente legitimado a produzir uma *injunção* para que se emita o concreto acto em causa.

Porém, numa situação em que seja detectável, por interpretação da norma habilitadora, uma *discricionariedade de escolha quanto ao conteúdo da decisão administrativa*, então a redução da margem de apreciação na aplicação de um conceito que fixe um pressuposto dessa decisão ou a redução da discricionariedade de acção, que simultaneamente possam existir, *não habilita* por si só o tribunal a proferir uma *sentença de condenação estrita*.

Assim, estando a Administração vinculada, em resultado de uma redução da sua margem de livre decisão, a emitir um determinado acto administrativo, importa averiguar se tal redução abrange também a *discricionariedade de escolha*, ou seja, a liberdade de conformação do conteúdo do acto, de que eventualmente a Administração também disponha. Esta limitação alargada só sucederá quando o preenchimento da previsão legal, à luz do fim da norma, é de tal modo *intenso*, ou quando o conteúdo de direcção da programação normativa do direito prevalecente é de tal modo *denso*, que só se consegue encontrar uma medida de actuação conforme à lei.

Nestes termos, quando a redução do espaço de auto-determinação tem por base um dever de protecção imposto por um direito fundamental, ela só permite uma determinação judicial total do conteúdo da decisão administrativa naqueles casos em que for imperativamente necessária uma acção precisamente determinada da Administração para preservar a *medida mínima* de respeito da respectiva protecção dos bens constitucionais afectados. Se existirem, para preservação da medida mínima de tutela de tais bens, numa concreta situação, alternativas adequadas, a Administração dispõe ainda de um espaço para decidir com base em critérios de utilidade ou oportunidade⁽⁹²⁾. Logo, se um interessado vem exigir judicialmente a prática do acto administrativo que o direito constitucional prevalecente determina, só será possível ao tribunal emitir uma sentença-quadro, impondo a prática do acto devido, mas deixando espaço para fixação autónoma do seu conteúdo específico.

Exemplificando, se uma construção ilegal coloca em perigo a segurança de um prédio vizinho, pondo em risco a integridade física dos seus ocupantes, de tal modo que, sem uma intervenção da autoridade, se violariam as exigências de valor que, por serem a projecção da ideia de dignidade humana, constituem a essência do direito fundamental em causa, uma eventual inacção administrativa fica “aquém” do mínimo de protecção exigível. Logo, justifica-se que o espaço de livre apreciação e decisão da Administração se reduza, podendo o tribunal condená-la a emitir um acto administrativo de demolição da construção, dentro de um determinado prazo, com base no artigo 71.º, n.º 1.

Se, noutra hipótese, no exercício de uma actividade industrial, for detectada uma situação de perigo para a saúde pública de tal forma grave que uma inactividade da autoridade administrativa fiscalizadora ficaria “aquém” da medida mínima indicada em dever de protecção, esta entidade deve ser condenada a tomar de imediato as providências adequadas para eliminar a situação de perigo. Porém, dado que esta dispõe legalmente de várias possibilidades de actuação para obter tal resultado — podendo optar, por exemplo, por determinar a suspensão de actividade, pelo encerramento preventivo do estabelecimento, ou pela apreensão de parte do equipamento⁽⁹³⁾ — apenas é admissível uma sentença-quadro, ao abrigo do disposto no artigo 71.º, n.º 2.

⁽⁹²⁾ Salientando a necessidade desta diferenciação K. HANS, V. SCHLETTE e T. SCHMITZ, *ob. cit.*, pág. 59.

⁽⁹³⁾ Cfr. artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 69/2003, de 10 de Abril, diploma que estabelece as normas disciplinadoras do exercício da actividade industrial com o objectivo da prevenção dos riscos e inconvenientes resultantes da exploração dos estabelecimentos industriais.

II. Caracterização da pronúncia condenatória no caso de haver uma margem de livre decisão não reconduzível a uma única actuação concreta juridicamente admissível.

59. Resta-nos analisar o último tipo de pronúncia judicial que pode ser limitada ao abrigo do artigo 71.º do CPTA: aquela que é proferida quando no objecto do litígio está em causa uma margem de livre decisão não reconduzível a uma única actuação concreta juridicamente admissível. Nesta hipótese, nos termos do artigo 71.º, n.º 2, 2.ª parte, o tribunal está apenas legitimado a condenar a Administração a proferir um acto administrativo, explicitando os aspectos vinculados que possam ser fixados, mas sem se pronunciar sobre o sentido da decisão. Em certos casos, quando o tribunal não esteja em condições de determinar a existência de outras ilegalidades para além do incumprimento do dever de decisão, a sentença poderá até limitar-se a uma simples condenação da Administração a que se pronuncie sobre a pretensão do interessado.

É a caracterização do conteúdo e dos efeitos desta sentença-quadro que nos ocupará nos seguintes parágrafos.

Como temos vindo a referir, os casos em que os parâmetros de controlo da margem de livre decisão, conjugados com a factualidade da situação concreta, permitem a redução a zero, são excepcionais. Em princípio, a sua aplicação não permite ao juiz apontar o sentido único da valoração ou da decisão discricionária — tais parâmetros apenas o habilitam a concluir que o *iter* cognoscitivo e valorativo se não processou segundo regras de conduta imperativas, pelo que terá de ser repetido com a observância desses trâmites. É este o significado que o legislador pretendeu atribuir à terminologia usada no artigo 71.º, n.º 2, 2.ª parte: “explicitar as vinculações a observar na emissão do acto”.

Assim, verificando-se que o acto de recusa da pretensão do interessado, praticado no exercício de poderes discricionários ou baseado numa valoração de pressupostos definidos através de conceitos jurídicos indeterminados, viola uma norma ou princípio jurídico, o tribunal condena a Administração a substituir aquele acto ilegal por outro que não reincida nas ilegalidades cometidas⁽⁹⁴⁾. A especificação dos limites que o dever de não reincidir nas ilegala-

⁽⁹⁴⁾ O Acórdão do TCA Norte de 4 de Janeiro de 2007 confere-nos um exemplo de uma pronúncia condenatória deste tipo (Proc. n.º 239/05). Estava em causa um pedido de aposentação apresentado por um funcionário da DREN ao abrigo do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 116/85, de 19 de Abril, o qual permitia que “os funcionários e agentes da administração central, regional e local, institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados (...), seja qual for a carreira ou categoria em que se integrem, poderão aposentar-se, com direito à pensão completa, independentemente de apresentação a junta médica e desde que não haja prejuízo para o serviço, qualquer que seja a sua idade, quando reúnam 36 anos de serviço”. Tal pedido

lidades praticadas projecta sobre o reexercício do poder possui, portanto, um alcance negativo que importa salientar, na medida em que ao tribunal compete apenas estabelecer as modalidades de actuação que ficam vedadas à Administração⁽⁹⁵⁾.

Facilmente se compreende que, se for mal utilizada, esta explicitação das vinculações poderá transformar-se num veículo fácil de aniquilamento da reserva parcial da Administração. Por isso, se impõe ao juiz da causa que, uma vez apurada a existência de uma margem de livre decisão, proceda, para efeitos de definição do alcance dos seus poderes de pronúncia condenatória, a uma distinção fundamental: de um lado coloca-se a zona de juridicidade dessa margem, correspondente aos imperativos que decorram da norma de competência (apesar da sua abertura), dos princípios gerais, dos direitos fundamentais e de outras normas eventualmente aplicáveis; de outro, situa-se aquilo que é próprio da escolha administrativa auto-determinada segundo critérios de valoração e decisão de natureza meta-jurídica, cuja descoberta constitui tarefa da Administração no quadro de programas político-administrativos e de uma visão de eficácia na prossecução do interesse público⁽⁹⁶⁾. Esta repartição entre zona sindicável e não sindicável deve sempre presidir à tarefa de explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido.

A este propósito, e no que respeita à questão dos *efeitos* da sindicância jurisdicional, é importante recordar, no quadro de análise que está aqui em causa — que é o de caracterizar os poderes de pronúncia do juiz na condenação à emissão de um acto que envolva a formulação de valorações próprias da função administrativa —, que, na aferição jurisdicional do exercício do respectivo poder administrativo, o juiz deverá adoptar um método de *controlo negativo* da aplicação dos princípios constantes do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição. Na verdade, é de sublinhar que estes são sobretudo limites negativos de

foi indeferido por decisão da DREN que, com base no Despacho n.º 867/03/MEF, do Ministro das Finanças (que explicita as condições que devem estar reunidas para se considerar verificada uma situação de “inexistência de prejuízo para o serviço”), considerou não ser conveniente a aposentação do referido funcionário. O Tribunal reconheceu que a Administração detinha uma “ampla margem de ponderação e apreciação” na aplicação casuística do referido preceito legal, pelo que não podia legitimamente impôr a prática de um acto com um preciso conteúdo. Contudo, considerando que o Despacho n.º 867/03/MEF era ilegal porque, assumindo uma natureza regulamentar (modelando o estatuto da aposentação) violava os princípios da precedência e preferência de lei (cfr. artigo 112.º, n.ºs 6 e 8, da Constituição), emitiu ainda assim uma pronúncia de cariz condenatório, através da qual impôs à Administração que reapreciasse a pretensão do particular sem utilizar os critérios definidos por tal despacho.

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código cit.*, pág. 367.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo, cit.*, pág. 437.

correção jurídica na valoração e ponderação. São *testes de juridicidade* a que decisão se deve submeter⁽⁹⁷⁾, e não critérios directos de conduta. Limitam-se a excluir aquelas soluções que contrariem os valores jurídicos neles consagrados, evitando uma intromissão administrativa desigualitária, desproporcionada, injusta ou parcial. Não indicam positivamente qual a solução que deve ser adoptada, antes projectando um efeito preclusivo sobre o subsequente reexercício do poder por parte da Administração, por forma a que esta não reincida nos vícios anteriormente cometidos. Desde que não desrespeite estes limites, a Administração continua a ser livre na eleição dos pressupostos e na sua valoração⁽⁹⁸⁾.

A regra é, pois, a de que, na tarefa de *explicitação das vinculações a observar* (artigo 71.º, n.º 2, do CPTA), os tribunais não podem deduzir destes princípios uma injunção quanto ao sentido alternativo da decisão ou valoração, mas apenas condenar a Administração a repetir o acto administrativo e a reproduzir o *iter* cognoscitivo e valorativo de formação, identificando os limites inultrapassáveis que decorrem de tais parâmetros de sindicabilidade.

O princípio da proporcionalidade fornece-nos um exemplo de como os tribunais se devem comportar na supervisão jurisdicional do exercício da margem de livre decisão através de definição de tais limites. Por um lado, é manifesta a importância de encontrar uma forma objectiva de separar os elementos jurídicos dos programas e valorações extra-jurídicas nos raciocínios conducentes à fixação do conteúdo da decisão⁽⁹⁹⁾. Depois, mostra-se adequado um controlo cingido à verificação negativa, que apenas permite concluir, pelo modo como a decisão foi arquitectada, que esta sofre de um défice de proporcionalidade, devendo ser repetida, quando tal défice for manifesto e que deixe em aberto o

⁽⁹⁷⁾ A expressão é de BARBOSA DE MELO, *Direito Administrativo (A protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração pública)*, Coimbra, 1987, pág. 80.

⁽⁹⁸⁾ Pronunciando-se a favor de um controlo jurisdicional negativo da aplicação dos princípios gerais de direito na sindicância do exercício de uma margem de livre decisão, SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, citado, pág. 778; M. BACIGALUPO, *ob. cit.*, págs. 85 e 207; A. HUERGO LORA, *ob. cit.*, pág. 324; SÁNCHEZ MORÓN, *ob. cit.*, pág. 111.

⁽⁹⁹⁾ A este propósito, merece destacar-se a posição assumida por EVA DESDENTADO DAROCA (*ob. cit.*, pág. 239 e segs.) quanto às técnicas judiciais de controlo da proporcionalidade. Para esta autora, a tarefa de avaliar se uma decisão adoptada pela Administração é idónea para alcançar um fim (adequação), se a sua escolha foi guiada por um critério de adopção da medida menos gravosa (necessidade), ou se os efeitos negativos que produz guardam uma relação razoável com a importância do fim visado (proporcionalidade em sentido estrito), pressupõe essencialmente que se atribua um determinado peso relativo aos diferentes valores e interesses em jogo. Neste contexto, só será lícito aos tribunais intervir quando o ordenamento jurídico proporciona os critérios e pautas necessários para a hierarquização de todos os diferentes bens e interesses que possam ser afectados pela decisão. Caso contrário, devem respeitar os critérios utilizados pela Administração, pois estes correspondem a argumentos de política, pertencentes ao seu âmbito de actuação próprio.

modo de preenchimento dos espaços de livre valoração da norma, não apontando pela positiva a única decisão válida excepto quando todas as restantes forem ostensivamente desrazoáveis (100). Só assim poderá ser possível garantir o respeito das competências da Administração pelo juiz nos litígios jurídico-administrativos, evitando que na conformação da esfera jurídica dos particulares este assumira uma responsabilidade, que cabe em última instância à Administração, de proceder a juízos valorativos à luz de parâmetros escolhidos em áreas de configuração meta-jurídica de tarefas públicas.

III. Da possibilidade de se proceder officiosamente à averiguação material necessária à explicitação das vinculações jurídicas no âmbito de uma sentença-quadro

60. Para terminar, resta abordar, em paralelo com aquilo que fizemos no âmbito da análise da decisão judicial de condenação estrita, a questão de saber se, estando agora em causa a formulação de valorações próprias da função administrativa, pode o tribunal proceder à averiguação material que seja necessária para explicitar as vinculações a observar pela Administração e, no limite, identificar apenas uma solução como legalmente possível.

A resposta a esta questão parece-nos ter de ser negativa. Na verdade, o que caracteriza a margem de livre decisão é o facto de ela não se concretizar num processo cognitivo de aplicação da lei, ou seja, de mera subsunção de factos a matrizes normativas, antes requerendo a realização de um juízo valorativo, impregnado de elementos prognósticos, de avaliação de alternativas ou fixação de prioridades, não determinados directamente por critérios jurídicos legalmente fixados. Na formulação desse juízo valorativo, que é um elemento essencial da noção de margem de livre decisão à luz do artigo 71.º, assume especial relevância a escolha e ponderação dos vários interesses públicos e privados presentes no condicionalismo concreto, que funcionam como pressupostos extra-normativos da sua decisão de mérito. Ora, parece-nos que existe uma intrínseca e inseparável ligação entre a tarefa de recolha e selecção de informações e elementos de decisão, e a tarefa de apreciação da relevância dos factores seleccionados e de adop-

(100) Por exemplo, o controlo de *idoneidade* de uma decisão não pode levar o tribunal a substituir a Administração na eleição entre diferentes alternativas eficazes — uma vez excluídas as medidas que carecem em absoluto de aptidão para a obtenção do fim, a eleição entre as restantes se existirem cabe à Administração, que poderá utilizar para o efeito diversos critérios. Do mesmo modo, o Tribunal pode concluir que uma medida não é *proporcional* porque implica prejuízos excessivos relativamente aos benefícios alcançados, mas não pode indicar positivamente qual a solução que, no caso concreto, é mais razoável entre todas aquelas que não apareçam como manifestamente desrazoáveis.

ção, com base neles, dos referidos juízos de valor e raciocínios de prognose. A sede própria para ambas as tarefas é o procedimento administrativo. Assim, não será legítimo ao juiz proceder a uma artificial separação entre elas, para efeitos de efectuar, no processo judicial, apenas a primeira. Acresce que se revelaria impossível realizar uma tarefa de recolha de factores de decisão sem que, simultaneamente, se tomasse partido sobre um dos seus sentidos possíveis.

Por outro lado, estando em causa a formulação de valorações próprias da função administrativa, naturalmente que serão elevadas, na grande maioria dos casos, as garantias com que a lei rodeia a tomada de decisão e, designadamente, a qualidade, quantidade e complexidade dos trâmites procedimentais previstos. Por este motivo, valem aqui com mais evidência as razões, funcionalidade e eficácia que acima entendemos poderem justificar que o tribunal remeta para a Administração certas averiguações materiais, mesmo quando se trate do julgamento de pretensões relativas ao exercício de poderes de carácter vinculado.

Conclui-se, portanto, que, sendo colocado perante uma pretensão à adopção de uma conduta administrativa relativamente à qual não dispõe de elementos materiais que lhe permitam definir vinculações a observar pela Administração, o juiz não tem legitimidade para proceder à averiguação dos factos em que se fundamentará a valoração que àquela compete. Concluindo que existe dever de decidir, deve “devolver” o assunto ao órgão administrativo competente, através da emissão de uma sentença-quadro pela qual se limitará a condenar a Administração a tramitar correctamente a pretensão do interessado, atendendo aos parâmetros que possa fixar perante o material probatório disponível.

É neste quadro que se pode encontrar o efectivo fundamento para algumas situações que a doutrina elenca como sendo caracterizadas por um reduzido poder jurisdicional de fixação de vinculações (101). Se, por exemplo, o particular solicita a adopção de um acto que envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a Administração não emite qualquer decisão, ou invoca questões prévias para se recusar a apreciar a pretensão formulada, o tribunal apenas pode condenar a Administração a praticá-lo, sem quaisquer especificações quanto ao seu conteúdo ou processo formativo. Tal facto explica-se porque, nestes casos, não estando o particular em condições de colocar a questão em juízo em termos mais concretizados do que aqueles que, à partida, estão abstractamente configurados nas normas, o tribunal não tem elementos suficientes para densificar parâmetros a observar no exercício do poder pela Administração, nem está legitimado a proceder a uma averiguação desses elementos, à luz do dever de respeito pela reserva parcial de autonomia administrativa.

(101) Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo*, cit., pág. 369.