



MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Cláudia Isabel Fernandes Machado

O Ato Tácito

e a Reforma do Contencioso Administrativo de 2004

Dissertação

Orientador: Professor Doutor João Pacheco de Amorim

Julho de 2013

AGRADECIMENTOS

Aos meus avós e aos meus pais, sem eles nunca teria chegado até aqui.

Ao José, por toda a motivação e incentivo.

Às minhas colegas e amigas, Manuela de Sousa e Isabel Ramos, por toda a ajuda, cumplicidade e companheirismo.

Ao meu orientador Professor Doutor João Pacheco de Amorim, pela compreensão, disponibilidade e ensinamento.

Ao meu tommy, pelas longas horas de companhia.

RESUMO

Em Janeiro de 2004 entrou em vigor na nossa ordem jurídica um novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

A partir daquela data o contencioso administrativo deixou de ser de mera anulação, consagrando-se o contencioso de plena jurisdição que há muito se encontrava constitucionalmente previsto.

Com a reforma do contencioso administrativo em 2004, para além da ação de impugnação de ato, passamos também a ter a ação de condenação à prática de ato devido.

Com esta forma de processo, o particular passa a dispor de um meio contencioso que lhe permite, perante o silêncio da Administração, pedir ao Tribunal que a condene a decidir.

No presente trabalho abordamos as consequências que resultam desta reforma relativamente ao ato tácito, previsto nos artigos 108º e 109º do Código de Procedimento Administrativo.

O indeferimento tácito deixa de fazer sentido, uma vez que já não há necessidade de presumir uma decisão para impugnação.

O mesmo não sucede, porém, com o deferimento tácito.

Após uma análise sobre a natureza jurídica do ato tácito positivo, baseada não só na doutrina como em casos concretos previstos na lei, acabamos por concluir que a sua manutenção na ordem jurídica se justifica inteiramente.

E, de fato, esta nossa conclusão vai de encontro ao que estabelece o projeto de revisão ao Código de Procedimento Administrativo, anunciado publicamente no passado mês de maio por S. Exa. a Ministra da Justiça.

ABSTRACT

In January of 2004 a new Code of Administrative Court Procedure was entered in into our legal system.

Thereafter the administrative litigation has ceased to be a mere aside, devoting themselves full jurisdiction of the litigation that has long stood constitutionally entrenched.

With the reform of administrative litigation in 2004, in addition to the suit challenging the act, we also have the action of condemnation due to the performance of an act.

With this type of process, particularly now has a means litigation that lets you, before the silence of Directors, asking the Court to order the decision.

In this paper, the consequences that result from this reform in relation to the act implied, provided for in Articles 108 and 109 of the Code of Administrative Procedure , is address.

The tacit refusal ceases to make sense due to the fact that there is no need to assume a decision to appeal.

However, this is not the case with this tacit.

After an analysis of the legal nature of the positive tacit, based not only on doctrine as well as in specific cases provided for by law, that maintaining the law is fully justified.

In conclusion, it is in our best interest to be against establishing the revision to the Code of Administrative Procedure, publicly announced in the month of May for the Minister of Justice.

Índice

ABREVIATURAS	7
I. INTRODUÇÃO.....	8
II. O ATO ADMINISTRATIVO E O DEVER DE DECISÃO	9
1. O ato administrativo	9
2. O dever de decisão	13
III. ORIGENS E PRECEDENTES DO ATO TÁCITO.....	18
IV. O ATO TÁCITO	21
1. Distinção.....	21
2. Noção	21
3. Natureza jurídica do ato tácito	23
V. A CONSAGRAÇÃO DO ATO TÁCITO NO CPA.....	28
VI. O INDEFERIMENTO TÁCITO ANTES DA REFORMA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	30
VII. INDEFERIMENTO TÁCITO DEPOIS DA REFORMA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (A AÇÃO DE CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ATO LEGALMENTE DEVIDO).....	34
VIII. O DEFERIMENTO TÁCITO	40
IX. A CONTROVÉRSIA NA DOUTRINA SOBRE O DEFERIMENTO TÁCITO APÓS A REFORMA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	43
X. POSIÇÃO ADOTADA	50
1. Sobre a natureza jurídica	50

2. Sobre a manutenção do ato tácito após a consagração legal da ação de condenação à prática de ato devido	60
a) Acumulação de funções públicas e privadas	60
b) Quanto ao pedido de proteção jurídica.....	63
c) Declaração de Avaliação de Impacto Ambiental	65
d) Comunicações, autorizações e licenças de operações urbanísticas.....	67
3. Sobre a violação do dever de decisão	71
4. Sobre a segurança e certeza jurídica.....	73
5. Sobre a inconstitucionalidade da figura do deferimento tácito e a violação do princípio da separação de poderes.....	73
BIBLIOGRAFIA	76

Abreviaturas

Ac. Acórdão

Art. Artigo

Cfr. Confrontar

CPA Código de Procedimento Administrativo

CPTA Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP Constituição da República Portuguesa

DL Decreto-Lei

LPTA Lei de Processo dos Tribunais Administrativos

RJUE Regime Jurídico de Urbanização e Edificação

STA Supremo Tribunal de Justiça

TCA Tribunal Central Administrativo

I. Introdução

Com a entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei 15/2002 de 22 de Fevereiro, passámos a ter um contencioso de plena jurisdição.

O tribunal pode, atualmente, condenar a Administração a suprir a sua omissão, através da Ação de Condenação à Prática de Ato Devido.

A figura do indeferimento tácito deixa assim de fazer sentido e no projeto de revisão ao Código de Procedimento Administrativo, anunciado publicamente por S. Exa. a Ministra da Justiça, em 14 de Maio, o artigo 109º, preceito onde atualmente se encontra previsto, é expressamente revogado.

O projeto de revisão do CPA mantém, todavia, o instituto do deferimento tácito.

Neste contexto, o presente estudo tem como objetivo analisar a figura do ato silente após a reforma do contencioso administrativo, passando pela sua origem, noção, natureza jurídica, o seu regime antes e após a entrada em vigor do CPTA, para finalmente concluirmos sobre as vantagens e inconvenientes do ato tácito (positivo) na nossa ordem jurídica.

II. O Ato Administrativo e o Dever de Decisão

1. O ato administrativo

“Nem todos os atos jurídicos praticados no exercício de um poder administrativo e que visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta são atos administrativos, só o sendo, de entre esses, os que corresponderem a um conceito estrito de decisão, quer dizer a uma estatuição ou determinação sobre uma certa situação jurídico-administrativa. Só tem sentido submeter aos regimes procedimental e substantivo do ato administrativo do CPA¹, as condutas administrativas suscetíveis de definir, por si só, imediata e potencialmente, a esfera jurídica dos particulares, condutas idóneas a “produzir uma transformação jurídica externa”.²

Neste sentido, o projeto de revisão do CPA altera a redação do conceito de ato administrativo, introduzindo a referência à sua aptidão para produzir efeitos externos e elimina a referência ao elemento orgânico da respetiva autoria.

O artigo 146º do projeto de revisão estabelece que “(...) consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.”

“Juridicamente, a decisão administrativa constitui o objetivo e a conclusão de um procedimento ordenado formalmente³ tendente à formação e manifestação da vontade da Administração.”

Daí que Mário Esteves de Oliveira⁴ defina ato administrativo como “uma conduta voluntária e unilateral da Administração que traduz o exercício de um poder de autoridade ou público.”

Só se pode falar em ato administrativo quando o comportamento voluntário e unilateral da Administração se destina a produzir efeitos jurídicos, se destina a modificar o mundo ou a realidade jurídica para a adequar à realização do interesse público.

“Assim, o exercício do poder administrativo, não se esgota na emanção de normas de conduta gerais e abstratas. Para resolver situações específicas, problemas individuais, casos

¹ Cujo escopo fundamental é, a par do de garantir a conveniente prossecução do interesse público, assegurar uma proteção adequada das posições jurídicas dos particulares - Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 222.

² Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 222.

³ Luís Filipe Colaço Antunes, *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa*, 2006, p.95.

⁴ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, 1980, pp. 383 a 389.

concretos a Administração procede à aplicação da lei (e regulamentos) através da prática de atos administrativos.”⁵

O ato administrativo é uma forma de desempenho da função administrativa, um modo de exercício do poder administrativo.

Conforme recorda Diogo Freitas do Amaral “com os primórdios da Revolução Francesa, a noção de ato administrativo surge para delimitar as ações da Administração Pública excluídas por lei da fiscalização dos tribunais judiciais. As queixas que a atividade administrativa suscitasse da parte dos particulares deveriam ser apreciadas e resolvidas por órgãos da própria Administração.”⁶

“Numa segunda fase, a noção de ato administrativo vai servir para definir as atuações da Administração Pública submetidas ao controlo dos tribunais administrativos. O ato administrativo passou assim a ser um conceito ao serviço das garantias dos particulares.”

“Mas, essencialmente, o conceito de ato administrativo apareceu como modo de delimitar certos comportamentos da Administração em função da fiscalização da atividade administrativa pelos tribunais, tendo, dessa perspetiva, primeiro servido como garantia da Administração e, depois, como garantia dos particulares.

É esta função que, ainda hoje, o conceito de ato administrativo desempenha, isto é, delimitar comportamentos suscetíveis de fiscalização contenciosa.”

Esta função resulta claramente do n.º 4 do artigo 268º da CRP. “É garantido aos administrados a tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente quaisquer atos administrativos, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e adoção de medidas cautelares adequadas.”

⁵ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 148.

⁶ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 204. - “os legisladores interpretaram o princípio da separação de poderes como implicando a absoluta abstenção dos tribunais judiciais de intervir na actividade administrativa.”

“O ato é o fator de densificação da tutela judicial efetiva. Na firmeza do ato e na respetiva impugnabilidade encontramos um valor do próprio Estado de Direito, que tem na segurança jurídica um dos seus pilares mais destacáveis.”⁷

“A par desta função cumpre também uma função substantiva e uma função procedimental.”⁸

“O ato administrativo cumpre uma função substantiva, quando através dele, os órgãos da Administração Pública concretizam – aplicam e transpõem para a vida real – os preceitos jurídicos gerais e abstratos, constantes da lei, do regulamento e das outras fontes do Direito Administrativo, conformando juridicamente as situações concretas da vida em função daquilo que se dispõe nestes preceitos.”

“Quando a Administração estiver perante uma situação de fato ou de direito que lhe demande a prática de um ato com as características correspondentes às da noção de ato administrativo constante do artigo 120º do CPA, deve ater-se à disciplina neste diploma fixada para preparar, praticar e exteriorizar conforme aí se determina – neste caso cumpre a função procedimental, ou seja, trata-se de uma forma de atuação que é praticada no decurso de um procedimento, no qual os particulares são chamados a participar, no **processo de formação da vontade** administrativa, ou ser chamados a garantir-lhe eficácia; mas é a decisão ou determinação que a Administração tome unilateralmente, que define e produz, sozinha, o efeito ou a alteração jurídico-administrativa em apreço: uma vez que determinada situação da vida real se torne jurídico-administrativa relevante, é à Administração – se ao caso concreto couber um ato administrativo – que compete definir qual é o direito (administrativo) aplicável em tal situação, decidindo o caso ou a causa administrativa, como os tribunais decidem as causas judiciais, ficando a constituir essas decisões títulos executivos.”⁹

“Saliente-se ainda que tanto há decisão (autoridade e unilateralidade) nos casos em que a Administração aparece a expropriar um bem particular ou a impor a este um dever, como quando lhe confere uma vantagem ou lhe presta individualmente uma utilidade produzida por um serviço público, pois que, também neste caso, é a sua determinação unilateral que fixa se, de acordo com a lei ou regulamento aplicável, o particular tem direito (e em que medida) à

⁷ Luís Filipe Colaço Antunes, *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa*, 2006, p.121

⁸ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 207.

⁹ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, *Código de Procedimento Administrativo*, 1997, p. 550 e 551

referida prestação, estando presentes nessa determinação precisamente os mesmos elementos que vamos encontrar na noção tradicional de ato administrativo.”¹⁰

Assim, o ato administrativo enquanto “decisão”, no sentido de uma estatuição ou prescrição, criando, modificando, extinguindo (ato com efeitos positivos) ou recusando-se a criar, modificar ou extinguir (ato com efeitos negativos) uma relação jurídica administrativa – define inovatoriamente direito para o caso concreto.

É neste ato, enquanto “decisão”, no sentido de determinação sobre ou de resolução de um assunto, de uma situação concreta jurídico-administrativa, no “ato regulador”¹¹ e conclusivo do procedimento que focaremos a nossa atenção, com o intuito de refletir a sua noção, efeitos e elementos nas situações tuteladas pelo ato tácito.

Este conceito de decisão afasta, portanto, algumas formas de ação jurídica da Administração.

“Neste sentido, o conceito de ato administrativo não engloba, por inexistir o carácter regulador, a atividade material da Administração. As operações materiais restringem-se a transportar para o mundo real as alterações jurídicas já introduzidas pelo ato administrativo. Mas o fato de não serem decisões não significa que não possam ser tratadas em certos casos e para certos efeitos como atos administrativos - designadamente para efeitos de impugnação contenciosa.”¹²

Excluído do conceito de ato administrativo estarão, também, os atos opinativos, por não conterem qualquer comando jurídico (as meras informações ou os pareceres não vinculativos como, as recomendações os meros conselhos ou advertências). Excluem-se igualmente os atos preparatórios e auxiliares ou instrumentais de decisões administrativas que não contenham uma regulação (final) da situação jurídica, bem como os atos meramente confirmativos (por se limitarem a repetir a estatuição anterior), por não terem repercussões diretas e imediatas na esfera jurídica dos administrados, não carecendo, portanto, de uma proteção procedimental

¹⁰ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, *Código de Procedimento Administrativo*, 1997, p. 550 e 551

¹¹ Noção estrita de ato administrativo de matriz alemã, cuja inspiração máxima está em OTTO MAYER. (...) O conteúdo regulador do ato administrativo depreende-se, desde logo, da definição de “uma situação concreta e individual” (art. 120º do CPA). (...) A natureza reguladora do ato implica que estes são especificamente ditados para a criação, modificação ou extinção de um direito ou de um dever, ou na determinação jurídica de uma coisa - Luís Filipe Colaço Antunes, *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa*, 2006, p.120 e 125.

¹² Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, *Código de Procedimento Administrativo*, 1997, p. 557.

(ou jurisdicional) autónoma, que os tenha por objeto – são atos de efeitos meramente procedimentais.

Importa, ainda referir que “unido ao elemento *decisão* do ato administrativo está a conceção voluntarista do ato administrativo, no sentido de que ele se traduz numa manifestação de vontade, numa ação querida pelo seu autor, mesmo se há casos em que o legislador a ficciona ou presume (de jure) a partir da própria inação da Administração. E a vontade aqui é a vontade de decidir ou resolver um caso administrativo.”¹³

2. O dever de decisão

“Todo o cidadão é, perante a Administração, um sujeito jurídico de pleno direito, mais ainda também um seu parceiro que, numa relação jurídica procedimental tem direito a uma decisão e nunca a uma “discrecionariedade do silêncio” ou ao “silêncio incumprimento” que corresponderá à violação do dever de decidir, a uma situação de ilegalidade que poderá encontrar fundamento numa instrumentalização em função da política legislativa, contraposto ao direito a uma decisão.”¹⁴

“O dever de decidir, neste âmbito, admite diversos graus:

- i) Impossibilidade de decisão: situações de impossibilidade de apreciação do objeto que afastam o dever de decidir e extinguem o procedimento¹⁵;
- ii) Incompetência do órgão administrativo, caducidade do direito que se pretende exercer, ilegitimidade do requerente, extemporaneidade do pedido;
- iii) Discrecionariedade de planeamento: situações em que, apesar de estarem reunidos todos os pressupostos procedimentais, a Administração tem liberdade de escolher o momento em que vai decidir, há uma “escolha de oportunidade” pois nem todos os momentos correspondem ao momento oportuno, nem todos levam uma decisão conformativa e de mérito;¹⁶
- iv) Dever de decidir: quando estão reunidos todos os pressupostos procedimentais, a Administração deve comunicar a decisão de deferimento ou indeferimento, seja essa decisão

¹³ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, *Código de Procedimento Administrativo*, 1997, p. 551

¹⁴ In <http://pt.scribd.com/doc/Servulo-Correia-O-incumprimento-do-dever-de-decidir>.

¹⁵ Por exemplo, a falta de pressupostos procedimentais – art. 83º CPA.

¹⁶ Por exemplo, quando a Câmara Municipal não se pronuncia sobre determinado pedido de licença enquanto não tem aprovado plano de pormenor.

mais ou menos vinculada, com maior ou menor margem de discricionariedade. A decisão recai sempre sobre o objeto da pretensão.”¹⁷

No procedimento administrativo¹⁸, este dever legal de decidir é exercido pela Administração através do ato administrativo.

Este princípio está consagrado no art. 52º n.º 1 da CRP (“Direito de Petição e Ação Popular”) e no art. 9.º do CPA.¹⁹

Segundo o princípio da decisão, os órgãos administrativos têm, nos termos regulados no CPA, o dever de se pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados pelos particulares e, nomeadamente:

- a) “Sobre os assuntos que lhes disserem diretamente respeito;
- b) Sobre quaisquer petições, representações, reclamações ou queixas formuladas em defesa da Constituição, das leis ou do interesse geral.” (Art. 9º n.º 1 do CPA)

Diferentemente, não existe dever de decisão quando há menos de dois anos contados da data da apresentação do requerimento, o órgão competente tenha praticado um ato administrativo sobre o mesmo pedido formulado pelo mesmo particular com os mesmos fundamentos (art. 9º n.º 2 do CPA)²⁰

O princípio da decisão constitui um dever geral de decidir e exige que a Administração se pronuncie sempre que lhe seja solicitado. Assim, este princípio facilita a proteção dos particulares face às omissões da Administração (facilitando a formação de ato tácito).

“Mas o princípio da decisão não se limita a estabelecer o dever de agir. Antes, exige também que a competência seja exercida funcionalmente, isto é, no escrupuloso respeito pelos deveres funcionais (competência funcional). Toda a ação administrativa é dominada pela ideia de função e, assim, de ónus.”

“A Administração está, pois, não só obrigada a agir no caso concreto (toda a função representa o dever de agir), mas também a agir funcionalmente.”

¹⁷ In <http://pt.scribd.com/doc/Servulo-Correia-O-incumprimento-do-dever-de-decidir>.

¹⁸ Vide artigos 1º e 2º do CPA.

¹⁹ No projeto de revisão do CPA o princípio da decisão passa a estar previsto no artigo 13º.

²⁰ “A contrario”, “do n.º 2 do art. 9º resulta que decorrido o prazo de dois anos nele consignado passará a impender sobre a Administração o dever legal de decidir sobre todos os assuntos que sejam de sua competência, e que lhe tenham sido apresentados pelos particulares” - José Manuel Santos Botelho / Américo Pires Esteves / José Cândido de Pinho, *Código de Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 5ª edição, 2002, p. 127.

“O cidadão pode e deve contribuir decisivamente para a ação da Administração. Pode fazê-lo, designadamente, através de petições, representações, queixas (...).”

“A petição é o pedido dirigido à administração para que tome determinadas decisões ou providências necessárias.

A representação é o ato pelo qual o particular interessado solicita à Administração que reflecta sobre a decisão tomada.

A queixa é declaração feita perante a Administração com o objetivo de incitar à abertura de um procedimento com vista à aplicação de uma sanção a um agente administrativo pela prática de atos censuráveis.”²¹

“O art. 9º do CPA consagra, pois, um princípio geral a que corresponde, na prática, um dever de pronúncia. A única condição posta é que o órgão a quem seja dirigido o pedido tenha competência para decidir. A Administração não é livre de decidir, tem que se pronunciar sempre, desde que os particulares lhe formulem uma pretensão concreta. Esta pretensão pode dizer-lhes diretamente respeito, e então, estamos no domínio da relação jurídico-administrativa. E o objetivo final do procedimento administrativo é o da condução à prática do ato administrativo.”²²

Em suma, perante um requerimento que lhe seja apresentado, para que a “Administração fique constituída no dever de decidir, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, os pressupostos procedimentais a que a lei condiciona o desenvolvimento regular do procedimento – permitindo designadamente a formação do ato tácito – e que se desdobram nas seguintes espécies:

- (i) pressupostos procedimentais subjetivos: competência do órgão que recebe o pedido e legitimidade do requerente;
- (ii) pressupostos procedimentais objetivos: inteligibilidade, unidade e tempestividade do pedido, atualidade do direito que se pretende exercer e inexistência de decisão sobre pedido igual (do requerente) tomada há menos de dois anos (art. 9º n.º 2 do CPA).

²¹ António Francisco de Sousa, *Direito Administrativo*, 2009, p. 353.

²² José Manuel Santos Botelho, Américo Pires Esteves e José Cândido de Pinho, *Código de Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 5ª edição, 2002, p. p.125 a 127.

Não existindo estes pressupostos, também não existe o dever de decidir, embora possa ou deva subsistir o dever genérico de pronúncia.”²³

No que diz respeito ao pressuposto previsto no n.º 2, de salientar que o preceito apenas constitui a Administração no dever jurídico de pronunciar-se de novo sobre a questão, mesmo que ela seja a reprodução literal daquela que lhe havia sido formulada antes; mas, se a petição e decisão forem as mesmas – formulada aquela e tomada esta com os mesmos fundamentos – tal decisão (expressa ou tácita) continua a ser meramente confirmativa, não havendo lugar à impugnação contenciosa.

Todavia, se houver entretanto uma alteração de quaisquer circunstâncias relevantes para a decisão da questão e o interessado as invocar para fundamentar um pedido igual ao anterior (o que pode fazer em qualquer momento e não apenas dois anos depois), a decisão da Administração, se se limitar a reproduzir os fundamentos antecedentes, não será confirmativa e admite a impugnação contenciosa.

Este princípio não impede que a Administração tome posição sobre questões não suscitadas pelos interessados, uma vez que o procedimento administrativo se rege também pelo princípio do inquisitório – cfr. art. 56º do CPA.²⁴ – “por estarem aqui em causa princípios jurídicos fundamentais da segurança jurídica e da eficiência, o dever de decidir deve incluir procedimentos iniciados oficiosamente, na medida em que também aí permanecem os interessados.”²⁵

Quanto ao prazo (geral) dentro do qual deve a Administração decidir (concluir o procedimento) está previsto no art. 58º n.º 1 do CPA, que é de 90 dias, contados nos termos do art. 72º do mesmo Código.

Não havendo decisão, perante o silêncio da Administração, estamos perante um ato tácito (que juridicamente traduz as consequências da inércia da Administração).

O princípio da decisão relaciona-se, pois, com o regime do ato tácito que, para Santos Botelho, “constituiu um verdadeiro princípio geral do direito que tem por objeto garantir a situação dos administrados face à inação da Administração, conforme adiante exploraremos.”

²³ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, *Código de Procedimento Administrativo*, 1997, p. 128

²⁴ José Manuel Santos Botelho / Américo Pires Esteves / José Cândido de Pinho, *Código de Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 5ª edição, 2002, p. p.125 a 127.

²⁵ Luís Filipe Colaço Antunes, *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa*, 2006, p.101.

A norma do art. 9º é, pois, particularmente importante no contexto dos atos tácitos. O dever legal de decidir é, normalmente, enunciado pela doutrina como uma das condições para a formação de ato tácito. Na ausência deste dever, não há, portanto, lugar à formação de ato tácito.

III. Origens e precedentes do ato tácito

“Costuma estabelecer-se como origem legal do tratamento do silêncio administrativo um Decreto de 2 de Novembro de 1864, publicado em França, pelo qual seriam consideradas negadas, todas as pretensões dirigidas aos Ministros, que no prazo de 4 meses não obtivessem resposta. Posteriormente, a Lei de 17 de Julho de 1900 estendeu o tratamento jurídico a todas as reclamações apresentadas perante qualquer órgão da administração pública.

Em Espanha, esta questão surge por força de uma Ordem Real de 9 de Junho de 1947 que estabeleceu como condicionante de acesso à via judicial a prévia consulta da Administração Pública.

Tal exigência impunha-se de forma a permitir que o governo pudesse reparar os seus atos e obter soluções mais adequadas, antes de serem submetidas à instância judicial.

Diante disso, a jurisprudência passou a alertar para a necessidade de obter uma decisão definitiva por parte da Administração, de modo a não inibir o acesso à justiça.

No entanto, só em 1924 se veio a estabelecer a possibilidade de ultrapassagem da via administrativa, quando o silêncio, pelo decurso do prazo fosse interpretado, em princípio negativamente, isto é, no sentido de recusar a procedência do pedido/reclamação.

Em Itália, em 1934 a Lei Comunal e Provincial estabeleceu a admissão do silêncio como forma negativa de resposta ao pleito administrativo.”²⁶

Em Portugal, conforme ensina Mário Esteves de Oliveira²⁷, “a teoria do ato de (indeferimento) tácito nasceu alicerçado no contencioso de legalidade dos atos administrativos. Como é consabido, em Portugal com a antiga Lei de Acesso aos Tribunais Administrativos o contencioso era de mera anulação. Significava isto que a lesão dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares só podia ser desfeita em termos contenciosos se houvesse uma conduta anterior da Administração que pudesse ser anulada ou declarada nula.”

“Ora, se a Administração não actuasse, não tomasse qualquer atitude ou omitisse a prática de atos, como podia o particular recorrer a um tribunal para solicitar a anulação, a destruição de algo não existia?

²⁶ Informação em www.direitofba.net.

²⁷ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, 1980, p. 480.

Deste modo, perante as omissões ou o silêncio da Administração, o particular correria o risco de ficar totalmente desprovido de garantia jurisdicional, porque não tendo meios para compelir a Administração a tomar uma solução (favorável ou desfavorável), via-se obrigado a aguardar eternamente a prática de um ato de que pudesse recorrer contenciosamente.

Neste contexto, cedo se compreendeu que a omissão ou o silêncio da Administração poderia constituir uma grave lesão dos interesses dos particulares, quando estes estivessem dependentes, quanto à titularidade ou exercício de um direito ou interesse, de uma conduta positiva da Administração.

Foi por essa razão que a lei, para garantia de defesa jurisdicional do particular lesado pelo silêncio da Administração, teve de optar por uma de duas hipóteses: ou considerava deferida a pretensão do particular ou, considerava que a Administração a tinha pretendido indeferir para que o particular, no mínimo, pudesse suscitar jurisdicionalmente a questão.

Obviamente, que a primeira alternativa se revelava perigosa e a lei, salvo em casos excepcionais repudiou-a, optando pela segunda.”

“No ordenamento jurídico português, o ato tácito negativo era já conhecido no § 1º do art. 346²⁸ do Código Administrativo, bem como no art. 53²⁹ do RSTA, transitando posteriormente para sucessivas leis das autarquias locais.”³⁰

O DL n.º 256-A/77 de 17 de Junho³¹ introduziu, no entanto, uma significativa alteração terminológica, passando a atribuir ao interessado a faculdade de presumir indeferida a

²⁸ “A falta de deliberação dentro do prazo estabelecido neste artigo, equivale, para efeitos de recurso contencioso, ao indeferimento do requerimentos apresentado”

²⁹ “Os requerimentos ou petições que não obtenham despacho definitivo no prazo de 90 dias, a contar da sua entrega nas estações competentes, consideram-se, para efeitos contenciosos, indeferidos”

³⁰ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – O silêncio administrativo – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

³¹ Conforme se pode ler no seu preâmbulo: “O presente diploma destina-se a reforçar as garantias da legalidade administrativa e dos direitos individuais dos cidadãos perante a Administração Pública.

Da insuficiência da actual legislação é sintoma, por um lado, o grande número de recursos contenciosos rejeitados pelos tribunais administrativos, por falta da, até hoje obrigatória, impugnação dos chamados atos tácitos, resultantes da passividade da Administração, os quais, admitidos nas legislações a benefício dos particulares, operam, no entanto, em prejuízo dos menos precavidos ou menos familiarizados com a técnica jurídica. Urge evitar tal frustração.

Por outro lado, a falta de fundamentação das decisões da Administração dificulta, muitas vezes, a sua impugnação, ou sequer uma opção consciente entre a aceitação da sua legalidade e a justificação de um recurso contencioso.

É elevada a percentagem de anulações de atos administrativos decretados pelos competentes tribunais, aliás superior à dos atos cuja legalidade é por eles confirmada. Assim sendo, é razoável que antes da decisão do recurso seja dada aos órgãos da Administração oportunidade de reverem os seus atos, em face das razões expostas em reclamação dos interessados e as dos serviços ou entidades que sobre elas sejam mandados ouvir.”

pretensão, por falta de oportuna decisão expressa (art. 3º, n.º 1). E correspondentemente, reputou a impugnação contenciosa do indeferimento tácito como meramente facultativa (art. 4º n.º 1).

IV. O Ato Tácito

1. Distinção

A doutrina distingue entre ato tácito e ato tácito propriamente dito ou em sentido estrito. Neste último, a lei permite à Administração que se pronuncie através do silêncio, revelando desta forma a sua vontade. O ato tácito, sem mais, abrangerá tanto o deferimento como o indeferimento tácito, englobando aqueles casos em que a lei prevê consequências jurídicas para o silêncio administrativo.³²

2. Noção

Num contencioso de mera anulação, a omissão ou o silêncio da Administração poderia constituir uma grave lesão do interesse do particular quando estivesse dependente, quanto à titularidade ou exercício de um direito ou interesse, de uma conduta positiva da Administração.

A lei, para garantia de defesa jurisdicional teve, pois, que acautelar esta proteção consagrando o indeferimento e o deferimento tácito (artigos 108º e 109º do CPA).

Assim, a ausência de decisão por parte da Administração Pública deu lugar à formação de um ato tácito.

“O ato tácito será, então, aquele que se forma em virtude do silêncio do órgão administrativo e da presunção que a lei daí retira, imputado a essa omissão o sentido de que o órgão se terá *querido*³³ manifestar em determinado sentido.”³⁴

De acordo com a jurisprudência do STA, o “ato tácito” no direito administrativo traduz-se em poder interpretar-se para certos efeitos e em certas circunstâncias previstas na lei a passividade ou o silêncio de um órgão administrativo como significando o deferimento ou o indeferimento de uma pretensão formulada pelo interessado contra tal passividade.”³⁵

³² Como expõem os autores Mário Esteves de Oliveira/J. Pacheco Amorim/ Pedro Gonçalves o “tácito” do conceito já está quase onomatopaicamente, no ouvido, mesmo reconhecendo que parte importante da doutrina prefere o conceito de “ato silente” e reserva o conceito de ato tácito para atos pressupostos noutros, uniformizando assim a terminologia administrativa com o direito civil.

³³ A raiz da divergência da doutrina quanto à natureza jurídica deste silêncio residia na questão de saber se a inércia da Administração correspondia, ou não, a uma manifestação tácita de vontade – matéria que analisaremos quando abordarmos a natureza jurídica do ato tácito.

³⁴ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, 1980, p.487

³⁵ Cfr. Acórdãos do STA de 11/01/2005 e de 14/03/2006 (in www.dgsi.pt).

Existem, assim, algumas situações em que a lei atribui ao silêncio da Administração um determinado significado, daí decorrendo efeitos jurídicos.

Se um particular apresenta a um órgão da Administração um requerimento solicitando, por exemplo que lhe seja atribuída uma licença, a questão que se coloca é a de saber o que acontece se a Administração não responder.

Desde logo, se a Administração nada disser está a violar a lei, está a ofender um direito subjetivo de um cidadão.

Mas como a garantia dos cidadãos em Direito Administrativo se traduzia, fundamentalmente, no direito de recorrer contenciosamente dos atos praticados pela Administração, se esta nada dissesse, isto é, se não praticasse nenhum ato, como é que o particular poderiam recorrer? Qual a decisão que iriam impugnar?

Como nos refere Diogo Freitas do Amaral³⁶, “infelizmente estas situações de inércia ou de silêncio da Administração perante pretensões concretas apresentadas por interessados aos órgãos competentes são muito frequentes. E constituem “uma das mais insidiosas formas de desrespeito pelas regras estabelecidas e pelo princípio da legalidade, tal como devem ser entendidos e aplicados num autêntico Estado de Direito”.

“Acresce que tais situações deixavam os particulares desarmados, num sistema jurídico que organizava a proteção dos particulares sobretudo quando a base era o recurso contencioso de anulação, que pressupunha a prática de um ato administrativo.

A lei resolveu, portanto, este problema de duas formas:

Uma consiste na atribuição a tal omissão de um valor positivo, isto é, entende-se que o silêncio da Administração equivale a um deferimento do pedido do particular – deferimento tácito.

A outra consiste em atribuir ao ato tácito um valor negativo, ou seja ao silêncio da Administração equivale o indeferimento do pedido – indeferimento tácito.”

Porém, não é qualquer silêncio da Administração que dá origem a um ato tácito.

Para estarmos perante uma omissão da Administração juridicamente relevante, é necessário a verificação cumulativa dos seguintes pressupostos: iniciativa do particular; competência do

³⁶ Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 326.

órgão administrativo interpelado para decidir o assunto; existência de um dever legal de decidir e o decurso do prazo estabelecido na lei.

3. Natureza jurídica do ato tácito

A doutrina permanece dividida quanto à natureza jurídica deste silêncio.

A origem da divergência residiu na questão de saber se a inércia da Administração corresponde, ou não, a uma *manifestação tácita de vontade*.³⁷

Para Marcello Caetano³⁸, “o ato tácito é um ato administrativo e, portanto, uma conduta voluntária da Administração, pois a lei permite presumir de forma inilidível e existência de uma vontade, indispensável à qualificação desta realidade como tal.”

“De acordo com esta concepção, no ato tácito há uma manifestação de vontade do órgão competente da Administração, porque os órgãos administrativos conhecem a lei, sabem que o silêncio, decorrido certo prazo e verificadas certas condições, será interpretado como decisão, quer seja de indeferimento, quer seja de deferimento – e, portanto, se nada dizem é porque querem que seja no sentido que lei manda interpretar aquele silêncio³⁹. Logo, o ato tácito é um ato voluntário⁴⁰ - a lei concede uma intenção à falta de decisão da Administração dentro do prazo legal.”

Para aquele autor, e de acordo com o contencioso de anulação que vigorava até à entrada em vigor do CPTA, “o recurso contra o indeferimento tácito *destina-se* a obter a anulação do indeferimento, mostrando-se que no caso cabia legalmente o deferimento: não se *pede* a condenação do órgão por omissão ou uma ordem para ele agir, mas sim a anulação do procedimento [leia-se ato] por ilegal.”

³⁷ O primeiro elemento da noção legal de ato administrativo é ser ele mesmo uma decisão que se traduz numa manifestação de vontade, numa ação querida pelo seu autor, mesmo se há casos em que o legislador ficciona ou presume (de jure) a partir da própria inação da Administração - Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, *Código de Procedimento Administrativo*

³⁸ Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo I, Almedina 1991, pág 474.

³⁹ Contra esta posição insurge-se João Tiago Silveira afirmando que a mesma carece de sustentabilidade, uma vez que não parece legítimo que a lei interprete uma vontade que, na maioria dos casos, nem existe. A vontade é um elemento caracterizador do conceito de ato administrativo. A indicação de que a decisão é um elemento imprescindível do conceito de ato administrativo, permite afirmar que estamos perante uma concepção voluntarista do ato, pois este não pode formar sem a aludida vontade. – cfr. João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.77.

⁴⁰ Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 333.

Já André Gonçalves Pereira e Rui Machete, defendem que não há “ato voluntário” no chamado ato tácito e que, por isso, tal ato não é um ato administrativo, mas simples pressuposto de impugnação contenciosa.

Para estes autores, se em alguns casos pode acontecer aquilo que Marcello Caetano afirma, “em muitos outros o decurso do prazo de produção do ato tácito negativo fica a dever-se apenas ao descuido, desinteresse, excesso de trabalho, desconhecimento do direito aplicável ou incapacidade accidental do agente.”⁴¹

A este título, Diogo Freitas do Amaral acrescenta, como exemplo, “o caso em que o cargo fica vago no decurso do prazo de produção do ato tácito, este nem por isso deixaria de se produzir: ora, sem titular do cargo não há manifestação de vontade, não há em suma, ato administrativo. A lei prescinde, neste caso, para a produção do ato tácito da voluntariedade da conduta.”

A favor da sua tese, André Gonçalves Pereira⁴² apresenta os seguintes argumentos:

“- O único vício arguível contra o “ato” de indeferimento tácito é a violação de lei, não pode, quanto a ele, arguir-se nenhum dos outros vícios próprios dos verdadeiros atos administrativos.

- A impugnação do indeferimento tácito por violação de lei não tem como fundamento a denegação da pretensão do particular, mas sim o fato de o órgão se calar quando a lei lhe impunha que se pronunciasse expressamente. Quer isto dizer que o objeto da impugnação contenciosa não é o indeferimento, mas o indeferimento tácito. Por outro lado, se o ato de indeferimento fosse um verdadeiro ato e não um mero pressuposto processual, então se a Administração viesse posteriormente a deferir de modo expreso a pretensão do particular, este deferimento teria de ser revogatório do ato tácito anterior e tal não sucede: o ato expreso não está sujeito aos limites legais de revogabilidade do ato administrativo.”⁴³

“Aquilo que a lei *permitia* com a construção da figura do ato tácito (negativo) era que se recorresse contenciosamente, apesar da não existência do ato. Mas, sendo assim, o ato tácito

⁴¹ Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 334.

⁴² Citado por Diogo Freitas do Amaral.

⁴³ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, 1980, p.482 – sobre este argumento Mário Esteves de Oliveira afirma ainda que não colhe a seu favor a posição de Alessi, segundo o qual o ato de indeferimento tácito não produz nenhuma inovação na ordem jurídica, pois na verdade isto é uma característica de todos os atos de recusa ou indeferimento mesmo expressos, e quanto a estes não se põe em causa a sua natureza de verdadeiros atos administrativos.

não seria um ato administrativo, mas um simples pressuposto de recurso contencioso. Estaríamos perante um caso excecional em que lei *permitia* interpor um recurso contencioso que não tinha por objeto um ato voluntário da Administração, mas o simples decurso do tempo sem qualquer resposta desta, ou seja uma omissão da Administração.”⁴⁴

Diogo Freitas do Amaral defende que, “por regra, não há ato voluntário no chamado ato tácito, mas sustenta que há mais do que um *simples pressuposto do recurso contencioso*, pois esta tese só poderia aplicar-se aos atos tácitos negativos e já não aos atos tácitos positivos. Nesta última figura o que interessa é a produção dos efeitos jurídicos típicos do ato administrativo expresse, e não a suscetibilidade de recurso contencioso.”

A verdade é que o ato tácito é tratado pela lei como se fosse um ato administrativo para todos os efeitos: tal ato pode ser revogado, suspenso, confirmado, alterado, anulado, revogado, etc. em suma, executado como ato definitivo e eficaz.

Daí que para Diogo Freitas do Amaral “a verdadeira natureza jurídica do ato tácito seja a de uma *ficção legal* de ato administrativo. Ou seja o ato tácito não é um verdadeiro ato administrativo, mas para todos os efeitos jurídicos tudo se passa como se fosse. Além de que se for um ato tácito positivo produz todos os efeitos jurídicos típicos de um ato expresse.”⁴⁵

Mário Esteves de Oliveira⁴⁶ defende que “o deferimento tácito representa um verdadeiro ato administrativo para todos os efeitos legais. Com ele se cria um ato correspondente àquele que resultaria se a Administração se tivesse manifestado favoravelmente à pretensão do particular de forma expressa.”

“Para este autor fundamentam esta tese os seguintes argumentos:

- O ato é impugnável por todos aqueles a quem lese, se estiver inquinado de ilegalidade.
- O ato expresse posterior pelo qual a Administração indefere o pedido do particular ou defere condicionadamente é um ato revogatório do deferimento tácito que se tivesse já formado, pelo que está sujeito aos requisitos de que depende a legalidade da revogação dos atos constitutivos de direitos.
- O ato posterior pelo qual a Administração defira expressamente a pretensão do particular, que já estava tacitamente deferida é meramente confirmativo.”

⁴⁴ Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 335.

⁴⁵ Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 336

⁴⁶ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, 1980, p.479

“Abonam também a favor desta tese o fato de a pretensão do particular nos procedimentos da sua iniciativa ser atendida, ou seja, descondicionada, por mero decurso do tempo. A partir daí pode o particular exigir o respeito pelo *ato silente* produzido, quer da Administração, quer eventualmente de outros particulares. O resultado do silêncio da Administração equivale aqui a um defiro, autorizo ou aprovo.”

O procedimento extingue-se, assim, com o cumprimento do dever de a Administração o decidir expressamente. Daí que se esta pretender opor-se aos efeitos do deferimento, só o possa fazer por via da anulação administrativa, com fundamento em ilegalidade, ou, em termos muito mais limitados e incertos, por via da revogação.

Saliente-se, todavia, que a formação do deferimento tácito não pressupõe a legalidade da pretensão formulada, por isso podemos ter deferimentos tácitos anuláveis e até mesmo nulos.

Sobre o indeferimento tácito, Mário Esteves de Oliveira, contrapondo-se à argumentação de Gonçalves Pereira, afirma que “o ato de indeferimento é, para efeitos de impugnação contenciosa, um ato administrativo (presumido) com um efeito que é a recusa da pretensão do particular. É este efeito que, quando ilegal, deve considerar-se objeto de impugnação contenciosa.”

Na mesma senda, Mário Aroso de Almeida afirma que “o deferimento tácito é um ato administrativo que resulta de uma *presunção legal*.”

Para João Tiago Silveira “o ato tácito apresenta-se como uma ficção legal, por esta se destinar a “fazer de conta” que existe algo que, na realidade não tem existência. A ficção terá aplicação perante uma situação em que sabemos não se verificar uma determinada circunstância, operando a extensão de um determinado regime jurídico sem necessidade de o justificar. A *presunção* não é uma forma de declarar vontades, mas de conhecer a realidade, sendo um meio de prova destinado a facilitar a produção da mesma perante determinadas situações de fato. Ou seja, na *presunção* há determinados fatos provados que permitem a conclusão de que uma determinada circunstância se verifica (podendo esta verificar-se ou não).”⁴⁷

⁴⁷ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.83.

Colaço Antunes⁴⁸ defende que “o ato tácito não é um verdadeiro ato administrativo, não reúne as características próprias de um ato administrativo, nem deveria implicar a produção de efeitos próprios do ato administrativo.”

Para este professor, “não se descortinam razões válidas para conferir dignidade de ato administrativo a atuações administrativas que não reúnam as características próprias do ato administrativo. Isto porque o inquinamento do ato administrativo impugnável está também no estatuto dado e mantido no silêncio (positivo) da Administração.”

Contudo, grande parte da doutrina defende que o ato tácito tem natureza de ato administrativo.

Sérvulo Correia, por exemplo, refere que “o elemento “conduta unilateral” é imprescindível à existência do ato administrativo, e vê no ato tácito uma conduta não declarativa, mas à qual a lei faz corresponder uma determinada vontade.”⁴⁹

“O que parece inevitável é que uma característica do ato tácito, independentemente da natureza jurídica que lhe seja atribuída e ainda que de uma *mera ficção* se trate, é a sua subordinação aos critérios gerais de revogação.”⁵⁰

Como adiante veremos, com a entrada em vigor do CPTA, a tese do indeferimento tácito deixou de ser por razões óbvias, que adiante explanaremos, alvo de controvérsia na doutrina. A doutrina continua, porém, dividida, quanto ao instituto do deferimento tácito, não obstante a sua consagração expressa no projeto de revisão do CPA.

⁴⁸ Luís Filipe Colaço Antunes, *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa*, 2006, p.163.

⁴⁹ J.M. Sérvulo Correia, *Noções de direito administrativo*, vol. I, 1982, pág. 292.

⁵⁰ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

V. A consagração do ato tácito no CPA

A sistematização do silêncio administrativo na sua vertente negativa e positiva foi efetuada pelo CPA, através dos seus artigos 108º e 109º.

Em correspondência com o princípio geral enunciado no art. 9º do mesmo Código, e sobre o qual já nos pronunciamos, as normas dos artigos 108º e 109º definem as consequências jurídicas que derivam da ausência de uma decisão expressa no prazo legalmente previsto.

“O art. 108º considera como tacitamente deferidas quaisquer petições que incidam sobre alguma das matérias enunciadas no seu n.º 3, englobando nesse regime, não apenas a resolução final do procedimento, mas também os atos interorgânicos.

O art. 109º estabelece, como regra, para todos os demais casos, o indeferimento, retomando a terminologia que provinha do art. 3º do DL 256-A/77 (a falta de decisão (...) confere ao interessado (...) a faculdade de presumir indeferida essa (a) pretensão).”⁵¹

“O CPA não alude de forma explícita ao regime do ato silente⁵², permitindo apenas identificar os pressupostos de que depende a sua formação.”⁵³

A doutrina, sobre esta matéria, fala ainda na solução adotada pelo CPA.

J. Pacheco de Amorim, Mário Esteves de Oliveira e João Tiago Silveira, defendem que “a melhor interpretação do art. 108º é a que nos leva a concluir pela existência de uma norma geral, estipulando que o deferimento é regra nos casos de aprovações e autorizações e de uma outra norma, constante no n.º 3, que estabelece estarem integrados nos conceitos de aprovação e autorização as situações aí previstas. É que se assim não fosse, a utilidade do n.º 1 seria nula, pois apenas as situações do n.º 3 seriam de considerar abrangidas pela regra do deferimento tácito, e de parte alguma do textos, se deduz a sua taxatividade.”⁵⁴

Assim, quando estamos perante casos em que o ato administrativo cuja prática se solicita corresponde ao exercício de um poder vinculado, isto é, em que os direitos já existem na

⁵¹ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

⁵² Salvo uma referência, feita no art. 109º, à mera vocação processual do indeferimento tácito - Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

⁵³ Sobre os pressupostos do ato tácito - vide, neste estudo, noção de ato tácito.

⁵⁴ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.119.

esfera dos particulares e a Administração apenas tem de remover um obstáculo jurídico, a omissão assume um significado jurídico de deferimento (art. 108º n.º 3 do CPA). Contrariamente, nos casos em que o ato administrativo solicitado corresponde ao poder discricionário (interesse legalmente protegido), tendo a Administração Pública uma livre margem de apreciação, a omissão assume o significado jurídico de indeferimento. (art. 109º do CPA).

Da análise do regime legal resulta que o silêncio administrativo, umas vezes equivale a um mero pressuposto processual do recurso, outras a uma *ficção* de deferimento, outras ainda a uma *presunção* de deferimento. Porém, só nestas duas últimas hipóteses o ato silente *parece ter a virtualidade de fazer extinguir o procedimento administrativo*.

No projeto de revisão do CPA, tal como já se antevia, o artigo 109º, isto é, a norma onde se encontrava consagrado ato tácito negativo ou o indeferimento tácito foi revogada.

Manteve-se, todavia, o Ato Tácito (positivo), expresso no artigo 128º.

VI. O indeferimento tácito antes da Reforma do Contencioso Administrativo

Conforme dissemos, a ausência de uma decisão expressa da Administração constituía um obstáculo ao particular uma vez que não lhe permitia aceder à justiça, por não haver *decisão – ato*⁵⁵.

Na nossa ordem jurídica a regra geral é (era) a de que o silêncio perante as pretensões dos particulares vale como indeferimento tácito, logo que tenha decorrido o prazo legal.

Dispõe o art. 109º do CPA que "(...) a falta, no prazo fixado para a sua emissão, de decisão final sobre pretensão dirigida ao órgão administrativo competente confere ao interessado, salvo disposição em contrário, a faculdade de presumir indeferida essa pretensão, para poder exercer o respetivo meio legal de impugnação".⁵⁶

O prazo de produção do ato tácito negativo é, salvo disposição especial em contrário, de 90 dias (art. 109º n.º 2 do CPA).

Este prazo conta-se, em princípio, a partir da data de entrada dos requerimentos ou petições dos particulares nos serviços competentes.

"Até à Reforma do contencioso administrativo, vigorava o sistema de contencioso anulatório em que o recurso jurisdicional era concebido como um *processo contra o ato*."⁵⁷

Daí que a lei tenha ficcionado um efeito de indeferimento, em face da passividade administrativa, de forma a permitir que o administrado acionasse o correspondente meio de impugnação contenciosa e, obtivesse, eventualmente, um ato favorável ao seu interesse.

Esta reação só podia ocorrer no prazo de um ano⁵⁸, decorrido que fosse o prazo legal de 90 dias para a presunção do indeferimento tácito.

Decorrido o prazo de um ano, o indeferimento tácito tornava-se inatacável, restando ao particular apenas duas possibilidades: renovar a sua pretensão à Administração ou esperar por uma resolução expressa tardia.⁵⁹

⁵⁵ Luís Filipe Colaço Antunes, *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa*, 2006, p.90.

⁵⁶ Parece resultar da norma que o legislador optou por considerar o indeferimento tácito como um pressuposto processual da impugnação administrativa ou judicial.

⁵⁷ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

⁵⁸ Artigo 28º n.º 1 alínea d) e artigo 32º, ambos da LPTA.

⁵⁹ A circunstância de o silêncio negativo ter um significado meramente processual faz com que as resoluções tardias, em particular o indeferimento expresso superveniente deva ser considerado como um verdadeiro ato administrativo e não como um ato confirmativo. Significa isto que ao interessado é permitido reagir

Assim, o decurso do prazo previsto para a interposição do recurso contencioso (atualmente ação administrativa) unicamente implicava para o interessado a perda do direito de reagir jurisdicionalmente contra a inércia administrativa, mantendo-se em aberto a obrigação que incumbia à Administração (embora já com violação do respetivo prazo de pronúncia) de decidir de modo expresse a questão.

“Por outro lado, a impugnação contenciosa do ato de indeferimento tácito não impedia a Administração de regular o caso concreto através de uma decisão expressa de sentido desfavorável, ainda que proferida na pendência do recurso, caso em que restava ao recorrente, para evitar a inutilidade superveniente da lide, requerer ao tribunal a substituição do objeto do recurso (conforme previa o artigo 51 n.º 1 da LPTA).”⁶⁰

“Com efeito, o prosseguimento do recurso contencioso de ato de indeferimento tácito, quando tinha sido praticado um ato expresse de idêntico sentido, não oferecia quaisquer vantagens ao interessado, porquanto mesmo que este tivesse obtido a anulação contenciosa, teria sempre de reagir contra o ato expresse que, persistindo na ordem jurídica, continuava a ser impeditivo da realização do seu interesse pretendido.”⁶¹

“Em resumo, a Administração podia sempre renovar o indeferimento da pretensão através de ato expresse, sobrepondo essa pronúncia ao ato tácito negativo anterior, e inutilizando assim a impugnação contenciosa que entretanto tivesse sido deduzida contra esse ato; do mesmo modo e desde que cumprisse as pertinentes regras da revogação dos atos administrativos constitutivos de direitos, poderia emitir ato expresse de sinal contrário à sua vontade presumida, revogando implicitamente as autorizações ou aprovações que deviam ter-se como tacitamente deferidas.”⁶²

“O fundamento da impugnação contenciosa do indeferimento tácito era o vício de violação de lei⁶³ – se o particular tivesse direito a uma dada conduta da Administração, e esta através do silêncio recusasse reconhecer-lhe esse direito ou cumprir os deveres correspondentes (passar licença, entregar coisa, pagar quantia em dinheiro)”, desrespeitava o dever de decidir.

administrativa ou contenciosamente contra essa decisão expressa e no caso de ter presumido indeferida a sua pretensão e de a decisão expressa ter sido proferida na pendência do recurso contra o indeferimento tácito, ampliar ou mesmo substituir o pedido.

⁶⁰ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

⁶³ Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 332

Porém, se o particular não era titular de um direito subjetivo⁶⁴ e admitindo que a Administração não respondia, que fundamento podia ser invocado. Alguns autores [entre eles Mário Esteves de Oliveira] defendiam que, neste caso, o interessado podia alegar o vício de forma por falta de fundamentação. Na verdade, os atos que decidam em contrário à pretensão ou oposição formulada pelo interessado são obrigatoriamente fundamentados – art. 124º n.º 1 alínea c) do CPA – o indeferimento estaria sempre viciado por falta de fundamentação. E a sua anulação contenciosa obrigaria a Administração pelo menos a apresentar ao particular os fundamentos do indeferimento.”

O STA não tem, todavia, aceitado esta opinião, e apoiando-se na tese de Vieira de Andrade considera que “os atos tácitos negativos são por natureza infundamentáveis, não podendo nunca, por isso sofrer de vício de falta de fundamentação.”

“Assim, os vícios de que poderia inquinar um ato tácito de indeferimento eram a violação de lei, por contradição com lei expressa ou por ofensa de um princípio geral de direito, o vício de forma por inobservância de uma formalidade essencial (...)”.⁶⁵

“Apesar de a condenação da Administração à prática de ato administrativo legalmente devido ser um instituto “*recém-chegado*” ao contencioso administrativo com a entrada em vigor do CPTA, ao longo da evolução do sistema de justiça administrativa, o legislador foi introduzindo sementes que, em alguns aspetos, se aproximam deste instituto.”⁶⁶

“A primeira dessas sementes encontra-se, já num passado longínquo, na figura do poder de declaração judicial dos atos devidos, importado de França para Portugal nos anos 30 pelo Supremo Tribunal Administrativo.”⁶⁷

“A segunda foi o DL n.º 256-A/77 de 17 de Junho, a propósito do regime de execução de sentença, oferece ao tribunal o poder de indicar os atos ou operações que a Administração deverá praticar, caso não tenha cumprido o decidido em processo declarativo.”⁶⁸

⁶⁴ Há que distinguir entre um “direito subjectivo” e um “interesse legalmente protegido” – tanto num, como no outro existe um interesse privado reconhecido e protegido por lei. Porém no direito subjectivo essa protecção é directa e imediata, de tal modo que o particular pode exigir à Administração um ou mais comportamentos que satisfaçam plenamente o seu interesse privado, bem como obter a sua plena realização em juízo em caso de violação ou não cumprimento – satisfação de um interesse próprio. No interesse legítimo o particular não pode exigir á Administração que satisfaça o seu interesse, mas apenas que não o prejudique ilegalmente – o particular apenas pode exigir a legalidade das decisões que versem sobre o interesse próprio. - Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 65

⁶⁵ Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 332

⁶⁶ Rita Calçada Pires, *O Pedido de Condenação à Prática de Ato Administrativo Legalmente Devido – Desafiar a Modernização Administrativa?*, 2004, p. 43.

⁶⁷ Idem.

“O terceiro momento da evolução legislativa encontra-se na LPTA, em sede de meios processuais acessórios. A “intimação para comportamento”, prevista no art. 86º deste diploma, surgiu como forma de obstar à violação de normas de direito administrativo ou ao fundado receio dessa violação como resulta do n.º 1 daquele preceito. Os poderes de pronuncia assentavam na “determinação concreta do comportamento a impor na intimação e, sendo caso disso, o prazo para o respetivo cumprimento e o responsável por este” – cfr. art. 88º n.º 1 da LPTA.”⁶⁹

“A chegada da “condenação da Administração à prática de ato administrativo legalmente devido” deu-se, ainda que de forma mitigada, porque especialmente aplicável ao Direito do Urbanismo, com o DL 555/99 de 16 de Dezembro, relativo aos regimes jurídicos do licenciamento municipal de loteamentos urbanos, obras de urbanização e obras particulares. Neste diploma observa-se a introdução experimental daquele instituto através da “intimação para a prática de ato legalmente devido”⁷⁰ – que, mais adiante, voltaremos a abordar.

⁶⁸ Em direcção ao que hoje está consagrado no CPTA - Rita Calçada Pires, *O Pedido de Condenação à Prática de Ato Administrativo Legalmente Devido – Desafiar a Modernização Administrativa?*, 2004, p. 45.

⁶⁹ Idem

⁷⁰ Esta intimação surge no art. 112º do diploma, apresentando-se como tábua de salvação dos particulares face a uma Administração silenciosa, não sendo por acaso que está inserido no capítulo IV, intitulado “Garantias dos particulares” - Rita Calçada Pires, *O Pedido de Condenação à Prática de Ato Administrativo Legalmente Devido – Desafiar a Modernização Administrativa?*, 2004, p. 46.

VII. Indeferimento tácito depois da Reforma do Contencioso Administrativo (A ação de condenação à prática de ato legalmente devido)

Vimos que “o indeferimento tácito só fazia sentido pela necessidade de ficcionar um objeto de impugnação, no modelo tradicional do contencioso estritamente impugnatório, de matriz francesa.”⁷¹⁷²

“Se a finalidade do ato tácito negativo era assegurar ao interessado o exercício de uma garantia jurisdicional no caso de ausência de uma decisão expressa (e por isso mesmo definido por vezes como um mal necessário) a previsão de um novo meio processual especialmente vocacionado para a reação contra a inércia administrativa retira toda a utilidade prática ao instituto do indeferimento tácito, tanto mais que a impugnação contenciosa de ato ficcionado não é suscetível de proporcionar uma mais eficaz tutela do direito ou uma vantagem complementar que não possa ser diretamente obtida por via da ação.”⁷³

Por outras palavras, “a partir do momento em que se deixa de fazer depender o acesso à jurisdição administrativa da existência de um ato administrativo passível de impugnação”⁷⁴, deixa de ser necessário ficcionar a existência de um tal ato nas situações em que ele não exista.”⁷⁵

Como é consabido, a *determinação para a prática de ato administrativo legalmente devido* obteve consagração constitucional na revisão de 1997.⁷⁶

Dando cumprimento ao imperativo decorrente do art. 268º n.º 4 da CRP, o CPTA confere aos tribunais administrativos o poder de procederem à determinação da prática de atos legalmente devidos – mais precisamente a *condenação* à prática desses atos. (art. 2º n.º 2 alínea i) do CPTA).

⁷¹ Caderno de Justiça Administrativa n.º 34, Julho/Agosto 2002 – Implicações de direito substantivo *da reforma do contencioso administrativo* – Mário Aroso de Almeida.

⁷² Encontra-se directamente relacionada com o sistema de contencioso administrativo fundado na regra da decisão prévia. - Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

⁷³ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

⁷⁴ Art. 2º n.º 2 do CPTA, “a todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponde a tutela adequada junto dos tribunais administrativos”

⁷⁵ Caderno de Justiça Administrativa n.º 34, Julho/Agosto 2002 – Implicações de direito substantivo *da reforma do contencioso administrativo* – Mário Aroso de Almeida.

⁷⁶ *O legislador constitucional não quis tomar uma posição explícita sobre a natureza da providência jurisdicional, optando por conceder alguma margem de conformação à lei ordinária. Mesmo a palavra “determinação” foi criteriosamente escolhida, pelo cuidado de deixar em aberto a caracterização precisa da pronuncia jurisdicional a consagrar na lei.* - Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

Assim, tal como alerta Mário Aroso de Almeida, “a mais óbvia das repercussões resultantes do CPTA tem que ver com as implicações que a introdução da possibilidade de os tribunais condenarem a Administração à prática de atos administrativos ilegalmente omitidos projeta sobre a tradicional figura do indeferimento tácito, que o CPA acolheu no art. 109º. Este é o ponto em que, independentemente de vir ou não a ter lugar uma revisão do CPA, nos parece claro que a entrada em vigor do CPTA se projeta diretamente sobre o regime consagrado naquele Código.”⁷⁷

“Na verdade, o CPTA procede à abolição da figura do *indeferimento tácito*.⁷⁸ É, com efeito, o que resulta do disposto nos artigos 67º n.º 1 alínea a) e 51º n.º 4⁷⁹, ambos do CPTA, que excluem a possibilidade da utilização de um meio de impugnatório de anulação, como modo de reação contra as situações de incumprimento omissivo do dever de praticar atos administrativos. E de fato, a partir do momento em que o CPTA introduz esta possibilidade de se proporem ações dirigidas a tutelar pretensões à condenação da Administração à prática de atos ilegalmente omitidos ou recusados, não se justifica continuar a prever a impugnação anulatória de indeferimentos tácitos.”⁸⁰

No mesmo sentido, Carlos Alberto Cadilhe⁸¹ refere que “a subsistência do ato tácito negativo, no contexto jurídico de uma nova ação de obrigação que incida sobre o silêncio administrativo, condiciona o desenvolvimento processual desta ação, na medida em que mantém na disponibilidade da Administração o poder de atuar sobre a situação jurídica em causa através de um ato secundário expresso, desencadeando a impossibilidade superveniente da lide pelo desaparecimento do próprio pressuposto processual da ação.”

Em suma, o instituto do ato de indeferimento tácito, permanecendo na lei processual com a finalidade de facultar ao particular um meio processual alternativo perante a inatividade administrativa, além de não representar uma evidente vantagem, poderia originar um efeito

⁷⁷ Caderno de Justiça Administrativa n.º 34, Julho/Agosto 2002 – Implicações de direito substantivo *da reforma do contencioso administrativo* – Mário Aroso de Almeida.

⁷⁸ Como refere Mário Aroso de Almeida o artigo 109º do CPA tendo sido derogado tácita e parcialmente, deve ser interpretado do seguinte modo: “a falta de decisão administrativa confere ao interessado a possibilidade de lançar mãos do meio de tutela adequado”.

⁷⁹ “Se contra um ato de indeferimento for deduzido um pedido de estrita anulação, o tribunal convida o autor a substituir a petição, para efeito de formular o adequado pedido de condenação à prática de ato devido e, se a petição for substituída, a entidade demandada e os contra-interessados são de novo citados para contestar.”

⁸⁰ Caderno de Justiça Administrativa n.º 34, Julho/Agosto 2002 – Implicações de direito substantivo *da reforma do contencioso administrativo* – Mário Aroso de Almeida.

⁸¹ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

contrário ao desejado pelos autores do anteprojeto, ao introduzir um fator de instabilidade da instância, quando o interessado esclarecidamente opte pela ação de determinação da prática de ato devido.

“Assim, qualquer um destes argumentos aponta como melhor solução a supressão pura e simples do indeferimento presumido, em termos de deixar campo aberto à institucionalização de um meio processual autónomo que possa desempenhar um papel eficiente na tutela dos direitos lesados pela violação do dever de decidir.”⁸²

Acrescenta ainda aquele autor que não vê motivo para encarar a questão em termos diversos quando a omissão se situe ao nível da decisão hierárquica independentemente da conceção que se adote quanto ao carácter obrigatório ou não da impugnação administrativa.

No mesmo sentido parece apontar António Cândido de Oliveira, que sustenta “o recurso aos tribunais para fazer cumprir, por parte da Administração, o dever de decidir a pretensão do particular⁸³, reservando a atribuição de um significado jurídico positivo para o caso de a entidade administrativa persistir no silêncio, mesmo após a declaração jurisdicional que determine a prática do ato.”⁸⁴

Assim também entende Vasco Pereira da Silva “até aqui (...) a regra era a de considerar tacitamente indeferidas tais pretensões, a fim de permitir a sua impugnação contenciosa”, desde a reforma “essa ficção legal torna-se desnecessária⁸⁵, pois permite-se ao particular que solicite, desde logo, a condenação da Administração na prática do ato devido”.

Note-se, todavia, que apesar de tacitamente revogado quanto à *presunção legal de indeferimento da pretensão (...)*, quanto ao resto, afirma Mário Aroso de Almeida, “parece que um regime como o que se estabelece no art. 109º do CPA continua a ser necessário, mesmo na vigência do novo contencioso administrativo, na medida em que lhe cumpre

⁸² Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

⁸³ Com a acção de condenação à prática de ato devido o objeto do processo deixa de ser o ato administrativo passando a ser a pretensão do interessado – cfr. art. 66º n.º 2 do CPTA - e já não a averiguação da ilegalidade da conduta da Administração, independentemente de na sua origem estar uma falta de pronúncia, um ato administrativo de indeferimento ou uma recusa de apreciação do requerimento apresentado. A condenação à prática de ato devido intervém não apenas quando esteja em causa a adopção de atos de conteúdo estritamente vinculado, mas também quando a prática do ato administrativo ilegalmente recusado ou omitido envolva poderes discricionários.

⁸⁴ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 19, p. 20-24 – *O silêncio e a Última palavra da Administração Pública* – António Cândido de Oliveira.

⁸⁵ Neste sentido também Marcelo Rebelo de Sousa “a ficção legal de indeferimento tácito, para possibilitar recurso, deixa de ser necessária, de ter sentido útil”.

determinar o prazo a partir do qual se consuma o incumprimento do dever de decidir – e, portanto, em que o interessado se pode considerar dispensado de continuar a aguardar a decisão da Administração e legitimado a fazer valer por outros meios a sua pretensão – assim como as regras de contagem desse prazo, sem que, a nosso ver, tanto o prazo como as regras possam ser, *sopor si*, deduzidos do prazo geral para a conclusão do procedimento que consta do art. 58º do CPA.”⁸⁶

Importa, pois, na senda deste autor, “separar a eliminação da figura do indeferimento tácito, das regras quanto à determinação do momento a partir do qual se torna possível a atuação contenciosa da pretensão dirigida à emissão do ato administrativo ilegalmente omitido. Estas regras, a que se refere o art. 69º n.º 1 do CPTA, não desaparecem com a reforma do contencioso administrativo. De acordo com este preceito, “o termo do prazo legal estabelecido para a emissão do ato ilegalmente omitido”, há-de continuar a ser determinado, na ausência de disposição especial, por aplicação das regras do art. 109º do CPA.”

Diferente posição tem Carlos Alberto Cadilha que propõe a eliminação do artigo 108º e 109º (como adiante veremos) do CPA e, em paralelo a institucionalização da *ação para a determinação da prática de ato devido*, em termos de poder configurar-se como único e eficaz meio processual de tutela jurisdicional das omissões administrativas.⁸⁷

Para este autor, “o silêncio administrativo deve ser tratado no lugar próprio que é o art.9º do CPA - esta norma, para além de enunciar um dever de decisão, conforme consta da atual redação, deveria conter dois novos comandos jurídicos que estatuissem sobre o prazo geral dentro do qual devia ser emitida a decisão e quanto ao efeito positivo de consentimento pelo não cumprimento do prazo em relação a atos interlocutórios a proferir no âmbito interno do procedimento – posição que trataremos aquando da análise do deferimento tácito.”

A consagrada condenação à prática de ato devido⁸⁸ serve para obter a condenação da entidade competente à prática, dentro de determinado prazo, de um ato administrativo que tenha sido ilegalmente omitido ou recusado (artigo 66º nº 1 CPTA).

⁸⁶ Caderno de Justiça Administrativa n.º 34, Julho/Agosto 2002 – Implicações de direito substantivo *da reforma do contencioso administrativo* – Mário Aroso de Almeida.

⁸⁷ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilha.

⁸⁸ Para Vieira de Andrade ato devido “é, portanto, aquele ato administrativo que, na perspectiva do autor, deveria ter sido emitido e não foi, quer tenha havido uma pura omissão ou uma recusa ou quando tenha sido praticado um ato que não satisfaça uma pretensão”.

Como resulta do artigo 67º n.º 1 a) CPTA “ *A condenação à prática de ato administrativo legalmente devido pode ser pedida quando tendo sido apresentado requerimento que constitua o órgão competente no dever de decidir, não tenha sido proferida decisão dentro do prazo legalmente estabelecido*”.

Verifica-se a situação da alínea a) quando, tendo sido constituída no dever de decidir, nos termos do art 9º CPA, a Administração permanece silenciosa, sem proferir qualquer decisão, até expirar o prazo legalmente estabelecido para o efeito (corresponde às situações de incumprimento do dever de decidir que até aqui davam lugar à formação de atos de indeferimento tácito, nos termos do art 109º do CPA).

“Portanto, o silêncio da Administração, tal como surge no CPTA, deve ser encarado como uma “omissão pura e simples”⁸⁹ O silêncio da Administração pode passar a ser configurado como um mero fato cuja ocorrência, uma vez decorrido o prazo legal, abre o acesso à via contenciosa, nas mesmas condições em que muitos outros fatos jurídicos o fazem. O interessado está confrontado com um fato neutro, que é a omissão, que pode ter sido determinada pelas mais variadas razões e que, só por si, não exprime uma manifestação da vontade da Administração.”⁹⁰

Assim, ultrapassado o prazo legalmente estabelecido para o órgão administrativo proferir uma decisão, (prazo esse que o artigo 58º do CPA determina ser, em regra, de 90 dias) o particular pode propor esta ação no prazo de um ano a contar do termo do prazo legal estabelecido para a emissão da decisão (artigo 69º n.º 1 CPTA).

Ou como expende João Caupers “...a falta, no prazo fixado para a sua emissão, de decisão final sobre pretensão dirigida a órgão administrativo competente constitui incumprimento do dever de decidir. Tal incumprimento confere aos interessados o direito de fazer uso dos meios de tutela jurisdicional adequados”.⁹¹

⁸⁹ E é nesses termos que ela (omissão) é efectivamente tratada no CPTA, que sempre que fala de *indeferimento* (por exemplo, nos artigos 69º n.º 2 e 79º n.º 4), se refere a um ato expresso, de conteúdo negativo, e nunca a uma situação de pura inércia ou omissão, que não existe qualquer ato administrativo e, portanto, não por que falar de indeferimento (por exemplo, artigos 69º n.º 1 e 79º n.º 5) - Caderno de Justiça Administrativa n.º 34, Julho/Agosto 2002 – Implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo – Mário Aroso de Almeida.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ <http://www.blogger.com/profile/13977281429937653301> em 11:12

Em suma, podemos afirmar que, a partir do momento em que se deixa de fazer depender do acesso à jurisdição administrativa da existência de um ato administrativo, deixa de ser necessário *ficcionar* ou *presumir* a existência de tal ato nas situações em que ele não existia. Com efeito, a previsão de um novo meio processual, especialmente vocacionado para a reação contra a inércia administrativa, retira toda a utilidade prática ao instituto, não justificando continuar a prever a impugnação anulatória de indeferimentos tácitos. Neste sentido, a doutrina é unânime afirmando que o CPTA procedeu à abolição da figura do indeferimento tácito, cuja revogação expressa já se encontra prevista no projeto de revisão do CPA.

Neste projeto de revisão temos pois a inserção no CPA de uma norma sob epígrafe “o incumprimento do dever de decisão”, com a determinação expressa de que a falta de decisão sobre pretensão dirigida a órgão administrativo, no prazo legal, confere ao interessado a possibilidade de utilizar os meios de tutela administrativa e jurisdicional adequados – cfr. art. 127º do projeto de revisão do CPA.

O prazo legal para a decisão dos procedimentos por iniciativa dos particulares é de 90 dias, salvo se outro decorrer da lei – cfr. n.º 1 do art. 126º do projeto de revisão do CPA.

VIII. O deferimento tácito

Embora o ato silente, em qualquer das vertentes, surja como um instrumento de defesa dos interessados, é clara a distinção entre as duas figuras: como vimos, o indeferimento tácito destina(va)-se a por termo a uma situação de indefinição, gerada pela falta de decisão expressa da autoridade administrativa, para exclusivo efeito de permitir ao interessado o exercício do direito processual de recurso; já o ato tácito positivo confere ao particular o direito substantivo correspondente à satisfação da sua pretensão, como forma de evitar os prejuízos que resultariam da excessiva demora na resolução do caso, quando a Administração não emita uma decisão expressa no prazo legalmente previsto.⁹²

Por outras palavras, “o ato de deferimento tácito, que começou por ser admitido no âmbito do direito do urbanismo, corresponde a uma técnica de intervenção administrativa ou de intervenção tutelar que tem em vista evitar as consequências desvantajosas que para a esfera jurídica dos particulares poderiam resultar da inércia administrativa em relação a certos direitos ou atividades, cujo exercício dependa de um prévio procedimento autorizatório.”

“Em segunda linha, a valoração positiva do silêncio administrativo tem ainda a intencionalidade de agilizar a Administração, impelindo-a a emitir uma decisão em tempo oportuno, de modo a evitar os inconvenientes do ponto de vista do interesse público que poderiam derivar do deferimento tácito de uma pretensão que fosse contrária à lei.”⁹³

Para Mário Aroso de Almeida⁹⁴, “o deferimento tácito é um ato administrativo que resulta de uma *presunção legal*. Os domínios legalmente previstos em que se aceita que o silêncio da Administração equivalha a um ato positivo, favorável às pretensões dos particulares são domínios que, bem ou mal, o legislador assume que a regra, segundo a experiência comum, é de deferimento. É sobretudo no domínio das autorizações permissivas⁹⁵, em que a intervenção limitativa da Administração é legalmente configurada com traços excecionalidade, por se tratar de domínios de restrição excecional da esfera jurídica dos particulares; e o domínio das

⁹² Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

⁹³ Idem

⁹⁴ Mário Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 2ª edição, 2003, p. 194.

⁹⁵ Com a expressão «autorização» quis o legislador referir-se não só as autorizações permissivas, no contexto das relações entre a Administração e os particulares, como também as autorizações constitutivas da legitimação da capacidade de agir.

aprovações, no que toca às relações entre órgãos da Administração Pública. (cfr. artigo 108º n.º 1⁹⁶ do CPA).”

É nestes domínios que a lei tende a associar à inércia da Administração uma presunção de assentimento e, portanto, de concordância com as pretensões que lhe sejam apresentadas pelos requerentes, prevendo, assim, a formação de *deferimentos tácitos*.

“As situações de deferimento tácito são, por conseguinte, situações em que, nos casos expressamente previstos na lei (cfr. art. 108º n.º 3⁹⁷), a lei associa ao decurso do prazo legal para a tomada de decisão a presunção de que a pretensão apresentada pelo requerente foi julgada conforme as exigências postas pelo ordenamento jurídico, pelo que atribui à passividade do órgão competente o significado legal tipicizado de deferir a pretensão. Estamos, pois, perante uma presunção legal através da qual a lei extrai da conduta de inércia da Administração o efeito jurídico de um deferimento que substituiu, para todos os efeitos, o ato administrativo de sentido positivo que foi omitido.”⁹⁸

O artigo 128º do projeto de revisão do CPA, sob epígrafe “Ato Tácito” estabelece o seguinte:

“1 - Existe deferimento tácito quando lei especial determine que a ausência de decisão final sobre pretensão dirigida a órgão administrativo competente dentro do prazo legal tem valor de deferimento.

2 – O prazo legal de produção do deferimento tácito suspende-se se o procedimento estiver parado por motivo imputável ao particular.”⁹⁹

⁹⁶ “Quando a prática de um ato administrativo ou o exercício de um direito pelo particular dependam de aprovação ou autorização de um órgão administrativo, consideram-se estas concedidas, salvo disposição em contrário, se a decisão não for proferida no prazo estabelecido por lei».

⁹⁷ O legislador temendo as consequências da regra do deferimento tácito e resolveu emendar a mão no n.º 3, dando-lhe, assim, o tratamento próprio da exceção.

⁹⁸ Mário Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 2ª edição, 2003, p. 194.

⁹⁹ (...) e por tempo superior àquele de que ele dispunha para a prática do ato ou para o cumprimento de formalidades que constituíam ónus seu – podendo neste caso haver deserção do procedimento, no caso do art. 111º (art. 130º do projeto de revisão) do Código na senda de Mário Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e J. Pacheco Amorim, é necessário também que se trate de ato ou formalidade sem os quais o procedimento não possa seguir: porque caso contrário, o procedimento seguirá normalmente, embora as consequências procedimentais daquela falta corram por conta do requerente faltoso.

Quanto à questão da imputabilidade do fato suspensivo do prazo legal ao particular pode discutir-se se tal imputação assenta no fato objetivo de se tratar de formalidade que a ele cabia preencher ou, se se exige que haja também imputação subjetiva, pelo menos a título de mera negligência – admitindo-se porém que ele se defenda a esse propósito, invocando e provando os fatos que demonstram dever-se a essa demora a circunstâncias estranhas à sua pessoa ou actuação. Acrescentam os mesmos autores que, a suspensão da contagem de prazos para estes efeitos põe problemas acrescidos em termos de certeza e segurança jurídicas, em domínios onde ela mais deveria imperar.

3 – Quando a prática de um ato administrativo dependa de autorização prévia ou um ato esteja sujeito a aprovação de um órgão administrativo, consideram-se estas concedidas, salvo disposição em contrário, se a autorização ou a aprovação requeridas não forem concedidas ou recusadas dentro do prazo legal”.

A nova norma do projeto de revisão sobre o deferimento tácito revoga o n.º 3 do atual art. 108º, bem como altera o seu atual n.º 1 cuja redação nos parece ir agora de encontro à interpretação que lhe foi dada por Esteves de Oliveira/Pacheco Amorim e Pedro Gonçalves¹⁰⁰

O normativo do projeto de revisão estabelece agora que os casos de deferimento tácito são determinados em lei especial, estabelecendo esta que “a ausência de decisão final sobre pretensão dirigida a órgão administrativo competente dentro do prazo legal tem valor de deferimento.”

E como, nestas matérias, uma questão de um dia pode ser decisiva, a questão da contagem do prazo – que já não será fácil em nenhum caso – agravar-se-á substancialmente se, na hipótese, tiver havido lugar a qualquer suspensão da sua contagem, com consequências delicadas para o interessado e contra-interessado – por exemplo, em matéria de prazo da sua revogação e impugnação contenciosa – bom seria pois que a lei tivesse sujeito estas suspensões a requisitos de declaração ou reconhecimento e publicidade – vide Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, *Código de Procedimento Administrativo*, 1997, p. 487-488-490.

¹⁰⁰ Os autores sustentam que a intenção do legislador terá sido a de abranger todos controlos inter-administrativos ou interorgânicos, sejam prévios ou sucessivos, bem como as autorizações para o exercício de direito pré-existentes na esfera de particulares. Assim utilizou o termo “aprovação” para abranger os casos de atos de controlo administrativo exercidos após o ato já ter sido adotado, bem como aquelas situações que o legislador haja impropriamente qualificado como ta, mas que consubstanciem situações de verdadeiras autorizações permissivas habilitadoras do particular a exercer o direito preexistente. (...) O termo “autorização” referir-se-ia às situações de controlos administrativos prévios à prática do ato (as tais autorizações constitutivas da legitimação da capacidade de agir), bem como às que permitissem ao particular exercer o direito preexistente. – cfr. João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.126.

IX. A controvérsia na doutrina sobre o deferimento tácito após a reforma do contencioso administrativo

Será que se justifica preservar o ato de deferimento tácito com a reforma do contencioso administrativo?

O pedido de condenação também pode ter lugar nos casos em que a lei determina que a omissão administrativa equivale ao deferimento tácito da pretensão do particular?

Partindo da posição defendida por Mário Aroso de Almeida¹⁰¹ quanto à figura do deferimento tácito, que toma como um ato administrativo que resulta de uma *presunção legal*, “as situações do deferimento tácito não dão lugar à propositura de uma ação de condenação à prática de ato omitido, pelo simples motivo de que a produção desse ato já resultou da lei. Poderá ser, quando muito, proposta – segundo os termos da ação administrativa comum e desde que, para o efeito, exista o necessário interesse processual – uma ação dirigida ao reconhecimento de que o ato tácito se produziu ou uma ação de condenação da Administração ao reconhecimento de que assim é, para o efeito de adotar os atos e/ou as operações materiais que sejam devidos por esse fato.”

Esta posição é também acolhida por Vieira de Andrade, que entende que “o particular pode recorrer a uma ação administrativa comum, quer de reconhecimento, no caso de querer tornar certo o deferimento, quer de condenação em comportamento, se houver lugar a uma execução administrativa; seja uma impugnação, na hipótese de um terceiro ou o Ministério Público pretenderem pôr em causa a validade do ato.”

Rita Calçada Pires¹⁰², quanto à posição de Mário Aroso de Almeida, infere que “a justificação apresentada (“pelo simples motivo de que a produção desse ato já resultou da lei”) valeria igualmente para o caso do indeferimento tácito, não apresentando qualquer especificidade face ao deferimento tácito, além de que a realidade jurídica mostra que o instituto, apesar de garantístico apresenta enormes falhas de proteção. Conclui, assim, que lhe parece correto admitir a possibilidade de, nos casos em que a Administração nada diz, oferecendo a lei, até agora, o valor de ato tácito de deferimento, passar a preconizar a sua interpretação como mero fato potenciador da utilização do pedido de condenação à prática de devido.”

¹⁰¹ Mário Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 2ª edição, 2003, p. 194

¹⁰² Rita Calçada Pires, *O Pedido de Condenação à Prática de Ato Administrativo Legalmente Devido – Desafiar a Modernização Administrativa?*, 2004, p. 75.

Como adiante veremos, também esta ideia é partilhada por Carlos Alberto Cadilha e por Colaço Antunes. Conforme expende este último professor, que defende que o ato tácito não tem dignidade de ato administrativo, “o sistema de justiça administrativa permite perfeitamente o pleno acesso à jurisdição administrativa sem necessidade de desfigurar o conceito de ato administrativo, basta que a ação de condenação englobe o silêncio e a inércia positiva ou recorrendo então, nos outros casos, à ação administrativa comum, nomeadamente quando não haja ou não deva haver ato; ou quando haja lugar a atuações materiais ou técnicas da Administração.”¹⁰³

Com a mesma opinião, Vasco Pereira da Silva entende que “o deferimento tácito não é um ato administrativo, e que não é de afastar a possibilidade de pedidos de condenação na prática de ato devido.” Acresce a este argumento, por um lado as hipóteses em que “o deferimento tácito não corresponde integralmente às pretensões dos particulares, sendo, portanto, considerado parcialmente desfavorável o que permite a formulação de um pedido de condenação e, por outro o deferimento tácito, numa relação jurídica multilateral, que poderá ser favorável em relação a um ou alguns dos sujeitos, mas não no que respeita aos demais, os quais se vêm confrontados com efeitos desfavoráveis, que lhes deve permitir a utilização da via do pedido de condenação.”

João Tiago da Silveira apresenta contra o instituto do deferimento tácito fortes críticas: “propiciador da adoção de comportamentos ilícitos; figura atentatória de interesses públicos e de terceiros; devolução da competência decisória administrativa para os particulares; potenciador de vícios no funcionamento da Administração; elemento conducente à falta de segurança para o particular; e dificuldades na execução.”

Apesar de procurar ultrapassá-los a todos, certo é que João Tiago da Silveira, não só verifica que “o deferimento tácito é um instituto de cariz transitório, que apenas existe dada a ainda insuficiente eficiência administrativa, incapaz de satisfazer com respostas expressas todos os requerimentos a ela dirigidos, como aponta que a figura tem inconvenientes, que podem ser graves do ponto de vista da garantia da posição jurídica do particular, dadas as dificuldades de operacionalização da figura.”¹⁰⁴

¹⁰³ Luís Filipe Colaço Antunes, *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa*, 2006, p.165.

¹⁰⁴ Rita Calçada Pires, *O Pedido de Condenação à Prática de Ato Administrativo Legalmente Devido – Desafiar a Modernização Administrativa?*, 2004, p. 76.

Carlos Cadilha,¹⁰⁵ em resposta à questão de preservar ou não o ato de deferimento tácito com a reforma do contencioso administrativo, afirma não poder deixar de se tomar em linha de conta as seguintes considerações.

Em primeiro lugar, diz aquele autor, “ocorreu uma alteração do paradigma em que se construiu a figura do ato silente positivo. A atribuição de um significado jurídico positivo à ausência de uma decisão expressa da Administração não pode hoje explicar-se numa perspetiva desenvolvimentalista em que sobrelevam interesses associados à atividade imobiliária. A legitimação para agir, conferida em muitos casos num condicionalismo fatural que é contrário à lei, defronta-se agora com outros tipos de preocupações que adquirem particular relevo nas áreas do ambiente, da qualidade de vida, da preservação do património arquitetónico, cultural e paisagístico.

Neste contexto, e conforme apela o autor, “poderá ser este o momento para repensar o tratamento a dar ao silêncio administrativo no âmbito da relação intersubjetiva, tendo presente que, perante um conflito de interesses, os riscos para a vida em sociedade que advêm do deferimento tácito poderão suplantam as desvantagens inerentes à demora na tomada da decisão, sabendo-se, além do mais, que existem outros mecanismos jurídicos de reparação do dano gerado na esfera jurídica do particular pela passividade administrativa (v.g., a via da responsabilidade civil).” Posição que adiante refutaremos.

Mas prossegue dizendo que, “poderá contrapor-se, porém, que, nos termos do atual art. 108º do CPA, o deferimento tácito alargou o seu campo de aplicação, passando a abranger não apenas interesses dinâmicos que se projetam na atividade económica (urbanismo, investimento estrangeiro, laboração contínua, trabalho por turnos), mas também o exercício de direitos estritamente personalizados (autorização de trabalho a estrangeiros, acumulação de funções públicas e privadas), cuja autorização tácita, ainda que ilícita, poderá não ter um reflexo negativo na prossecução do interesse coletivo.”

Em todo caso, continua aquele autor, “convirá distinguir, no elenco de situações que poderão encontrar-se abrangidas pelo deferimento tácito, entre aquelas em que a ausência de uma decisão autorizativa no prazo legal, por parte da Administração, não representa a imediata satisfação do peticionante, designadamente porque obriga ainda a uma ulterior intervenção

¹⁰⁵ Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilha.

administrativa (a concessão de uma licença ou de um título para o exercício do direito ou atividade em causa), daquelas outras em que a simples inércia administrativa implica de per si uma legitimação para agir.”

“Nesta última hipótese, o particular obtém a imediata titularidade do bem jurídico a que se arrogou perante a Administração, mas não poderá eximir-se a que a autoridade administrativa, com observância das pertinentes regras da revogação de atos constitutivos de direitos, venha a modificar a situação jurídica através de um ulterior ato expresso de indeferimento.

Quanto à primeira, o deferimento tácito tem um efeito limitado, não dispensando o interessado de recorrer à ação para determinação da prática de ato devido, quando se verifique a falta ou a recusa da emissão da licença ou do título.”

Ainda na perspetiva de Carlos Cadilha, “esta constatação reforça a ideia de que o silêncio positivo tem ainda uma primordial função garantística: nuns casos, abre ao requerente a possibilidade de se dirigir a um tribunal para obter o reconhecimento dos direitos adquiridos pela ausência de decisão expressa da Administração; noutros, permite ao particular a efetiva tutela do seu direito através de um mecanismo de ação direta.”

Afirma que, “o silêncio positivo não é hoje uma absoluta exigência do direito, já não com base na inutilidade da figura, mas na própria conveniência em suprimir o instituto. A razão encontra-se na ação para forçar a Administração a decidir. Na presença desta ação, o sistema do deferimento tácito mantém como única virtualidade a de contribuir para a aceleração do funcionamento da Administração.”

“Mas se assim é, a sua mais evidente vantagem manifesta-se no domínio das relações inter-administrativas e, particularmente, em relação às aprovações tutelares de que dependa a eficácia de um ato administrativo e às autorizações, aprovações ou pareceres de entidades estranhas ao órgão decisor que assumam um carácter obrigatório ou vinculativo, no âmbito do procedimento.”

Na perspetiva desta autor, “é nestas hipóteses – em que a inércia da entidade competente para intervir redundaria na paralisação do procedimento, retardando indefinidamente a prolação da decisão final – que se torna plenamente justificável equiparar ao consentimento a falta de emissão tempestiva da autorização, aprovação ou parecer (art. 108º n.º 1 do CPA) – a estes efeitos positivos poderá corresponder um conceito de *ato tácito interno* – sem interferência no

funcionamento dos meios jurisdicionais de que o particular dispõe para reagir contra a ausência de uma resolução final.”

Conforme já se disse a propósito do ato tácito negativo, Carlos Cadilha propõe “a eliminação do ato tácito externo e a revogação das normas dos artigos 108º e 109º, passando o silêncio administrativo a ser tratado no art. 9º com a inserção de um comando sobre o respetivo prazo geral e prazo quanto ao efeito positivo de atos interlocutórios no âmbito interno.”

Colaço Antunes advogando a supressão do ato tácito da nossa ordem jurídica, alerta para os inconvenientes desta figura, defendendo que “a ação de condenação à prática de ato devido deveria ser o meio idóneo para *suprimir o flagelo dos deferimentos tácitos* – essa sombra da verdade jurídica, concordando que esta figura dá resposta, isto é, põe fim, ao indeferimento tácito.”¹⁰⁶

Para este professor, “soluções como a do *deferimento tácito* (silêncio positivo), merecem veementes críticas, visto não haver aqui ontologicamente um ato. Além disso, diz ainda, não constituiu uma boa técnica legislativa instituir esta figura ao nível de um Código da atividade administrativa, sobretudo com a vastidão que aí se lhe reconhece.”¹⁰⁷

“Ao nível processual também não colhe muito a ideia, na medida em que o recurso contencioso de anulação [atual ação administrativa] deixa de ser agora a regra, além de acrescerem outros meios processuais (já existentes, aliás), como a ação para o reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos.”¹⁰⁸

Acrescenta que, “com a revisão constitucional de 1997, perde mesmo sentido processual, ao abrir-se constitucionalmente a porta de uma nova ação para determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos (art. 268.º/4), na sequência da qual o Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro (regime jurídico de urbanização e edificação) veio substituir a “intimação judicial para um comportamento” pela “intimação judicial para a prática de ato legalmente devido”, em casos de silêncio administrativo nas operações urbanísticas sujeitas a licenciamento, abrangendo, inclusive, situações de silêncio procedimental (cfr. arts. 111.º/a) e 112.º do diploma).”

¹⁰⁶ Luís Filipe Colaço Antunes, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI – Algumas questões*, 2001, p.107.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Luís Filipe Colaço Antunes, *Para um Direito Administrativo de garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, 2000, p.57.

Mais argumenta que, “uma leitura atenta da Constituição, leva-nos a afirmar que o legislador se deve abster de intervir na veste de Administração, violando o princípio da separação dos poderes, o que sucede quando (legalmente) venha subtraída à Administração a fase de ponderação de interesses.”

Neste sentido, advoga ainda “a existência de uma reserva de procedimento administrativo, entendida como reserva da instrução (em sentido amplo), o que só por si deveria inibir o legislador de se substituir à Administração, como acontece com o chamado silêncio positivo ou ato tácito (silente) de deferimento. Silêncio este que tende (mal) a transformar-se num elemento quase fisiológico de procedimentos autorizativos com uma margem de discricionariedade considerável, minorando a instrução e com ela a ponderação de interesses, quer ao nível do procedimento¹⁰⁹, quer ao nível do resultado – decisão final que passa a constituir uma *fictio iuris*. O processo administrativo tenderá, aliás, a transformar-se no momento em que a Administração procurará justificar tardiamente a sua decisão, em prejuízo de uma fundamentação contextual.”¹¹⁰

Nesta perspetiva, reitera que “os problemas postos pelo silêncio positivo são enormes, sem esquecer que estará em causa a obrigação de concluir o procedimento e o dever de decidir da Administração, plasmado no artigo 9.º do C.P.A, questionando se não haverá uma contradição insanável entre os artigos 9.º e 58.º e o artigo 108.º do C.P.A., uma vez que aqueles artigos têm ínsita a ideia da prática de um ato expresso num determinado prazo. Os deveres da Administração de decidir e concluir o procedimento não se harmonizam bem com o silêncio administrativo, sendo escopo do artigo 9.º do C.P.A. limitar e inibir o silêncio, a inércia da Administração.”

Para este autor, o *silêncio positivo é dogmaticamente insustentável*.¹¹¹

Alerta depois para o fato de “o silêncio não poder ser considerado ilegítimo e como tal atacado contenciosamente, enquanto violação do dever de proceder e de decidir, sem que se possa confundir com a anulação do “ato” (positivo ou negativo) em que se transforma, transcorrido o prazo legalmente fixado – ora este problema ficaria ultrassado com a via

¹⁰⁹ Luís Filipe Colaço Antunes, *Para um Direito Administrativo de garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, 2000, p. 61 - O silêncio procedimental não se confunde com o silêncio administrativo (...). Enquanto no silêncio administrativo há violação do dever de decidir, já no silêncio procedimental viola-se o dever de proceder, que não está apto a exprimir uma vontade de decidir ou não. -

¹¹⁰ Idem, p.62

¹¹¹ Idem, p.64

processual consagrada – ação de condenação à prática de ato devido, bem como com a qualidade de meios técnicos e humanos que a Administração deve dispor.”

Um outro argumento apresentado pelo mesmo professor contra o silêncio positivo reside na “inconstitucionalidade que o mesmo pode revelar, já que derroga o princípio constitucional que impõe, imperativamente, à Administração o dever de realizar o interesse público (art. 266.º/1 da C.R.P.), prejudicando irremediavelmente a completude do material instrutório e uma adequada ponderação de interesses procedimentalmente exigida.”

Em suma, “cai o princípio, também ele constitucional, do justo procedimento e até do processo justo, esbatendo-se igualmente o princípio da legalidade em favor da segurança e celeridade exigidas pelos privados.”¹¹²

Pelos motivos invocados Colaço Antunes reitera as vantagens da ação para determinação da prática de ato legalmente devido como forma de eliminar (também) o silêncio positivo.

“A não ser assim ficam sem tutela efetiva os interesses públicos e o terceiro interessado que para poder reagir judicialmente, tem de “fingir” que o ato silencioso se formou ilegitimamente, com o gravíssimo inconveniente da Administração, a não ser que seja nulo (art. 134.º/2 do C.P.A.), ficar impedida de remover o ato fictício (arts. 140.º e 141.º do C.P.A.).”¹¹³

Resumindo, lembra que “o modelo de justiça administrativa deve assegurar não só a “garantia” da Administração como a “garantia” dos particulares. A juridicidade da atividade administrativa garante a tutela das posições jurídicas substanciais e procedimentais dos particulares, mas inclui também a correcta prossecução do interesse público, a cuja tutela deve corresponder um direito fundamental da Administração e não apenas um dever.”¹¹⁴

Não foi, todavia, este o caminho seguido pelo projeto de revisão do CPA, ou seja o deferimento tácito continua a figurar no nosso ordenamento jurídico em normativo próprio e que anteriormente já citamos.

¹¹² Luís Filipe Colaço Antunes, *Para um Direito Administrativo de garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, 2000, p.65

¹¹³ Luís Filipe Colaço Antunes, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI – Algumas questões*, 2001, p.114.

¹¹⁴ Luís Filipe Colaço Antunes, *Para um Direito Administrativo de garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, 2000, p.72.

X. Posição adotada

1. Sobre a natureza jurídica

Como é consabido, “a razão de ser da Administração Pública e a sua organização prende-se inequivocamente com a prossecução do interesse público, o que se manifesta e evidencia em diversificadas formas e modalidades de intervenção dos poderes públicos.”¹¹⁵

Consagrado constitucionalmente no art. 266º, o interesse público¹¹⁶ é o fim único da Administração.¹¹⁷

Quando pensamos na expressão “interesse público”, logo nos ocorre a ideia de interesse coletivo, *interesse geral de uma comunidade, o bem-comum* – que São Tomás de Aquino definia como “aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem”. Ou, na caracterização de Jean Rivero, como sendo “*o que representa a esfera das necessidades a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um dos seus membros*”.¹¹⁸

“O ponto central da procura do interesse público estará, portanto, na individualização do sujeito e do procedimento (ato) através dos quais o interesse público específico vem reconhecido e qualificado pelo ordenamento jurídico. A sua natureza jurídica está ligada ao poder-dever-direito fundamental da Administração prosseguir a realização de interesses vitais à comunidade, poder-dever-direito que é irrenunciável e imprescritível.”¹¹⁹

Mas a Administração não pode prosseguir o interesse público de qualquer forma, tem de fazê-lo dentro de certos limites, com respeito por determinados valores, no interior de um quadro definido por parâmetros.

Neste contexto, surgem dois princípios fundamentais: *o princípio da legalidade e o princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares*. O primeiro manda a Administração obedecer à lei e o segundo obriga-a a não violar as situações juridicamente protegidas dos particulares.

¹¹⁵ Luís Filipe Colaço Antunes, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI – Algumas questões*, 2001, p.15.

¹¹⁶ Podemos distinguir entre interesse público primário, cuja definição e satisfação compete aos órgãos governativos do Estado, é o bem comum nacional; e interesse público secundário, cuja definição é feita pelo legislador, mas a satisfação cabe à Administração no desempenho da função administrativa. - Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 36.

¹¹⁷ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 33.

¹¹⁸ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 8ª reimpressão da edição de 2001, p. 35.

¹¹⁹ Luís Filipe Colaço Antunes, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI – Algumas questões*, 2001, p.42.

Para esta proteção, a ordem jurídica criou meios com a finalidade de evitar ou sancionar a violação destes princípios pela Administração, aos quais chamamos de “garantias dos particulares”.

Da leitura atenta dos artigos 20º n.º 1¹²⁰ e 268º n.º 4 da CRP e bem assim atento o disposto no artigo 2º do CPTA, sobre o princípio da tutela jurisdicional efetiva, quase nos atrevíamos a dar razão aos autores que defendem a eliminação do ato tácito (negativo e positivo) da nossa ordem jurídica.

Na verdade, uma vez consagrado o contencioso de plena jurisdição, isto é, uma vez que deixa de se fazer depender o acesso à justiça administrativa da existência de um ato administrativo passível de impugnação, cremos que, perante o silêncio da Administração sucumbe a necessidade de *ficcionalar* um ato administrativo com vista a assegurar ao interessado o exercício de uma garantia jurisdicional.

Porém, se este argumento pode sustentar a abolição do ato tácito negativo, o mesmo não podemos afirmar para o ato tácito positivo.

Desde logo, porque entre as duas figuras (deferimento e indeferimento tácitos) há, como vimos, uma clara distinção:

O indeferimento tácito, embora *fictício* com o objetivo que aludimos, punha termo a uma situação de indefinição.

Já o deferimento tácito confere ao particular o direito substantivo correspondente à satisfação da sua pretensão, com o objetivo de evitar prejuízos (muitas vezes irreparáveis) que resultariam da excessiva demora na resolução do caso por parte da Administração ao não emitir decisão expressa no prazo legal.

Note-se que a controvérsia na doutrina sobre a natureza jurídica do ato tácito positivo sempre foi menor relativamente à do ato tácito negativo.¹²¹ Desde que a lei confira ao silêncio da Administração um efeito de deferimento da pretensão perante ela deduzida, a decisão tácita

¹²⁰ “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.”

¹²¹ Relembre-se, a título de exemplo: Marcelo Caetano, Rogério Soares e Sérvulo Correia – trata-se de um verdadeiro ato administrativo, correspondendo a uma manifestação implícita da vontade da Administração; Freitas do Amaral – é uma mera ficção legal, ainda que com todas as consequências típicas de um ato administrativo e não apenas para efeito de assegurar o exercício do direito de recurso contencioso por parte do particular; Barbosa de Melo, André Gonçalves Pereira, Vieira de Andrade – releva como mero fato, ainda que possa funcionar como pressuposto processual do recurso contencioso. - Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

que assim se obtém produz, em princípio, o efeito equivalente ao de uma decisão que se tenha pronunciado expressamente em sentido favorável à mesma pretensão. Em certo sentido, o ato tácito positivo substitui o ato expresso favorável, extrapolando o carácter de garantia jurisdicional que está reservado ao ato tácito negativo.¹²²

Corroborando este pensamento parece-nos aqui oportuno refletir e tomar posição quanto à natureza jurídica do ato tácito.

Evidenciaremos o ato tácito positivo, uma vez que, quanto ao ato tácito negativo, anuímos já com a sua desnecessária continuação, face à consagrada ação de condenação à prática de ato (legalmente) devido, fato que aliás tem já acolhimento no projeto de revisão do CPA.

Acompanhamos a posição dos autores que defendem que o ato tácito é um ato administrativo presumido por lei.¹²³

“Como é consabido as presunções são ilações que a lei ou o julgador tira de um fato conhecido para fixar um fato desconhecido (art. 349º do Código Civil)

A base das presunções são fatos conhecidos, isto é, assentes em virtude de algum dos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico, distinguindo-se entre as legais e as judiciais, conforme sejam estabelecidas na lei ou assentem na ilação do julgador com base em juízos de experiência e de probabilidade, na lógica e na própria intuição.

No que concerne às presunções legais, estabelece a lei que quem as tiver a seu favor está dispensado de provar os fatos a que elas conduzem (artigo 350º, nº 1, do Código Civil).

Ocorre, assim, em relação aos referidos fatos presumidos, a inversão do ónus da prova, mas podem ser ilididas mediante prova do contrário, sem que baste a contraprova para a sua ilisão (artigos 344º, nºs 1 e 2 e 347º do Código Civil).

Em consequência, produzida que seja a prova do contrário, a decisão relativa ao fato presumido nela se baseará” (in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/>)

¹²² Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

¹²³ – Presunção iuris et iure, isto é, que não admite prova em contrário A presunção juris et de jure tem semelhanças com a ficção legal, mas, na presunção juris et de jure o fato presumido acompanha o fato conhecido e na ficção legal a lei atribui a um fato as consequências jurídicas próprias doutro. O legislador usa as presunções porque há fatos constitutivos de direitos cuja prova é muito difícil de fazer e estabelece-as segundo o critério de justiça material.

“A par destas presunções de fato existem também presunções de direito, dirigidas à existência ou inexistência de um direito ou de uma relação jurídica. O objeto destas presunções não são os fatos, em particular, não é a tipicidade do nascimento (da aquisição) ou da extinção do direito (relação jurídica), mas sim diretamente a existência ou a inexistência do direito e por isso, a parte favorecida com uma dessas presunções não necessita de fazer afirmações sobre o nascimento (aquisição) ou sobre a extinção, nem de oferecer provas disso” (in Acórdão de Tribunal da Relação de Évora nº 1552/04-3, de 13 Janeiro 2005).¹²⁴

“A presunção representa o juízo lógico pelo qual, argumentando segundo o vínculo de causalidade que liga uns com outros os acontecimentos naturais e humanos, podemos induzir a existência ou o modo de ser de um determinado fato que nos é desconhecido em consequência de outro fato ou fatos que nos são conhecidos. Não são um meio de prova, mas um processo indireto que proporciona racionalmente o que se pretende provar. (...) As presunções legais são *juris et de jure*, quando não admitem prova em contrário; *juris tantum*, quando podem ser afastadas por prova que se lhes oponha. No primeiro caso, impede-se a prova em contrário; no segundo, inverte-se o ónus de prova. As presunções funcionam como modo de ultrapassar as dificuldades de prova, por se referirem, por exemplo, a fatos que não se objetivam pela sua própria natureza, havendo uma aparência que merece proteção (...) As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir.”^{125 126}

Por seu turno “a ficção legal é uma técnica legislativa que consiste em considerar idênticas situações que se sabe serem desiguais, ou ao contrário, em considerar diferentes, situações que se sabe serem semelhantes. O legislador serve-se da ficção para alcançar um fim que poderia ser conseguido por meio de uma definição.”¹²⁷

“As presunções não se confundem com a ficção legal: enquanto aquelas fazem a ligação de um fato conhecido a um fato desconhecido, por se entender que este é a revelação daquele,

¹²⁴ Seguindo Vaz Serra, «Provas (direito probatório material)» in Boletim do Ministério da Justiça, n.os 110-112, p. 35, as presunções *juris tantum* constituem a regra, sendo as presunções *juris et de jure* a exceção. Na dúvida, a presunção legal é *juris tantum*, por não se dever considerar, salvo referência da lei, que se pretendeu impedir a produção de provas em contrário, impondo uma verdade formal em detrimento do real provado. No mesmo sentido, Mário de Brito, Código Civil Anotado, I, p. 466, e Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, p. 429.

¹²⁵ http://www.portais.ws/?page=art_det&ida=1361

¹²⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - 03-04-1991 - Processo: 002663

¹²⁷ Desempenha umas vezes a função típica da remissão, por exemplo, equiparando a doação por morte a uma deixa testamentária. Mais raramente, a ficção legal desempenha a função de uma restrição.

porque acha que o fato desconhecido acompanha normalmente, conforme a lição da experiência, o fato conhecido, já a ficção legal atribui a um fato as consequências jurídicas próprias de outro, não obstante a falta de conexão ou ligação entre eles”¹²⁸¹²⁹

Perante um e outro conceito estamos pois em crer que a figura do ato tácito não corresponde a uma *ficção*, mas a uma *presunção legal*.

Este entendimento é, desde logo, sustentado pela redação do n.º 1 do art. 109º do atual CPA, quando diz que “(...) *a falta, no prazo fixado para a sua emissão, de decisão final (...) confere ao interessado (...) a faculdade de presumir (...)*”.

A redação do n.º 1 do art. 108º é ainda mais perentória quando diz “(...) **consideram-se estas concedidas** (...)”.

Estamos pois em crer que o ato tácito não é uma ficção, mas uma *presunção legal*. Vejamos.

Partindo destes conceitos, tomemos como alicerce o conceito, forma e objeto de ato administrativo previstos nos artigos 120º, 122º e 123º, todos do CPA.

“Consideram-se atos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.”

“Os atos administrativos devem ser praticados por escrito, desde que outra forma não seja prevista por lei ou imposta pela natureza e circunstância do ato.”

“Sem prejuízo de outras referências especialmente requeridas, devem sempre constar do ato”¹³⁰:

- a) A indicação da autoridade que o praticou e a menção da delegação ou subdelegação de poderes, quando exista;*
- b) A identificação adequada do destinatário ou destinatários;*

¹²⁸ Mário Jorge Lemos Pinto - Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Direito das Obrigações do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade Católica Portuguesa (Núcleo do Porto) – 2004.

¹²⁹ ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil cit., 249. Na responsabilidade objectiva ou pelo risco pode haver uma “ficção legal”, porque se atribui a um fato, a produção sem culpa de um dano, as consequências jurídicas próprias de outro, a mesma produção, mas com culpa, não obstante a falta de conexão ou ligação entre eles. Cfr Mário Jorge Lemos Pinto - Relatório apresentado no âmbito do Seminário de Direito das Obrigações do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade Católica Portuguesa (Núcleo do Porto) – 2004

¹³⁰ Sob pena de invalidade.

- c) A enunciação dos fatos ou atos que lhe deram origem, quando relevantes;
- d) A fundamentação, quando exigível;
- e) O conteúdo e sentido da decisão;
- f) A data em que é praticado;
- g) A assinatura do autor do ato ou do presidente do órgão colegial de que emane.

O ato tácito positivo concede ao particular o direito substantivo correspondente à satisfação da sua pretensão.

À luz do art. 108º do CPA, partindo do pressuposto que, no caso concreto, existe o dever de decidir por parte da Administração, condição *sine qua non* para a formação do ato tácito, bem como se encontram observados os demais requisitos legais, tal como a competência do entidade ou órgão administrativo a quem é dirigida a pretensão e restantes requisitos previstos pela lei especial, findo o prazo de 90 dias (úteis) sem que a Administração emita uma decisão expressa sobre o pedido do particular, este pode *considerá-lo* deferido. Ou seja a partir daqui é permitido ao particular exercer o seu direito, nos exatos termos em que o faria se a Administração o tivesse deferido expressamente.

Se pegarmos no conceito, forma e objeto de ato administrativo supra citados e os decalcamos sobre a formação e efeitos do ato tácito positivo, ora aduzidos, parece-nos ser possível concluir o seguinte:

É uma *decisão* (presumida pela lei) que produz efeitos jurídicos numa situação individual e concreta; não é escrita mas está prevista por lei de outra forma.

No requerimento feito pelo particular há-de constar: a indicação da autoridade que tem o dever de praticar o ato, o seu nome (destinatário); enunciação dos fatos; conteúdo e sentido da decisão (atentos os requisitos previstos em lei especial); data em que é praticado (90 dias úteis contados após a data de entrada do requerimento na entidade competente).

Acresce que no ato tácito positivo não está violado o dever de fundamentação, já que este dever apenas é exigido por lei para os atos administrativos que, total ou parcialmente neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam reclamação ou recurso; decidam em contrário da pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial; decidam de modo diferente da prática habitualmente

seguida em casos semelhantes e impliquem revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior. – cfr. art. 124º n.º 1 do CPA.

Note-se que este raciocínio nunca poderia ser observado quanto ao indeferimento tácito, desde logo, por violar este dever, pois era *presumida* uma decisão contrária à pretensão do particular – cfr. alínea d) do n.º 1 do art. 124º do CPA.

A falta de fundamentação, quando exigida inquina o ato com um vício de forma, sendo, portanto, anulável.

Neste contexto é legítimo perguntar: o que sucede no caso de o requerimento que contém o pedido de autorização/aprovação do particular ser dirigido a uma entidade da Administração que não é competente para decidir?

Juridicamente, a resposta será: Não teremos um ato tácito, pois falta um dos pressupostos (cumulativos) para a sua formação, isto é, falta a competência do órgão administrativo interpelado para decidir sobre a matéria.

Sem prejuízo do disposto no art. 34º¹³¹ do CPA, esta resposta não nos parece, todavia, suficiente pois sempre se poderia argumentar com a falibilidade da figura, caso o particular, por desconhecer a entidade competente e/ou esta não viesse a agir (em tempo) nos termos do art. 34º do CPA, ainda assim, presumisse o deferimento do seu pedido.

Digamos que estas situações, na prática, não serão frequentes. Contudo, sempre o seu tratamento será idêntico aos casos em que, por exemplo, o particular não pede autorização à Administração, ou seja exerce o seu direito ilegalmente. Estas situações podem e devem, desde logo, ser examinadas pela Administração que, oficiosamente sancionará o particular de acordo com o estabelecido por lei e ainda, poderão ser objeto de impugnação por parte de terceiros que se sejam lesados.

Mas retomando o raciocínio sobre a natureza jurídica do deferimento tácito, admitindo que neste *ato*, encontramos observados todos os requisitos previstos na lei necessários para que,

¹³¹ “Quando o particular, por erro desculpável e dentro do prazo fixado, dirigir requerimento, petição, reclamação ou recurso a órgão incompetente, proceder-se-á da seguinte forma: a) Se o órgão competente pertencer ao mesmo ministério ou à mesma pessoa colectiva, (...) ser-lhe-á oficiosamente remetido, de tal se notificando o particular; b) Se o órgão competente pertencer a outro ministério ou a outra pessoa colectiva, (...) será devolvido ao seu autor acompanhado da indicação do ministério ou pessoa colectiva a quem se deverá dirigir – neste caso, começa a correr novo prazo, idêntico ao fixado, a partir da notificação da devolução ali referida.”

ontologicamente, tenhamos um verdadeiro *ato administrativo válido*, parece-nos ser de aderir à opinião de Mário Aroso de Almeida quando afirma que o deferimento tácito é um ato administrativo que resulta de uma ***presunção legal - presunção de que a pretensão apresentada pelo requerente foi julgada conforme as exigências postas pelo ordenamento jurídico***.

Neste sentido, uma vez que o particular vê a sua pretensão satisfeita, não há motivo (causa de pedir) para que venha, posteriormente, requerer ao tribunal que condene a Administração a decidir pelo *deferimento* do seu pedido.¹³² Note-se que, perante uma omissão pura e simples de decisão da Administração, o particular não requer somente ao tribunal que a Administração decida, mas que decida a seu favor, isto é, defira o seu pedido, levando ao conhecimento do tribunal a lei que estatui o seu direito peticionado junto da Administração. Sem este pedido quase se tornaria inútil a ação de condenação que, como o nome indica, é para a “prática de ato devido”.

Reforça, ainda, esta posição, o fato de a revogação do ato tácito estar sujeita à subordinação dos critérios gerais de revogação como se de um ato expresso se tratasse. Ou seja se a Administração pretender revogar um ato tácito positivo, e porque este ato é constitutivo de direitos, é obrigada a respeitar as mesmas regras que respeitaria caso estivesse perante um ato expresso – cfr. art. 140º e 141º do CPA.¹³³

Sobre a omissão do dever de audiência de interessados, “seria um absurdo admitir que o deferimento tácito pudesse ser anulado por falta desta audiência. Isso significaria que o ato estaria sempre ferido de ilegalidade e que podia ser *sempre*¹³⁴ impugnado, o que é manifestamente contrário aos propósitos que levaram à sua consagração legal.”¹³⁵

¹³² Há, no entanto, que efetuar aqui uma precisão: A operacionalidade do deferimento tácito depende em grande medida do conteúdo da prestação a que a Administração fique vinculada em resultado da autorização ou aprovação que por esse modo concedeu: se se traduzir num *facere* (entrega de coisa ou prestação de fato, emissão de um título ou de uma licença), o particular terá ainda de suscitar uma nova intervenção da Administração para assegurar a efectiva realização do seu direito; se consistir num *pati* (numa mera tolerância ou não intromissão), o interessado pode desde logo fruir do bem jurídico ou iniciar o exercício da actividade para que se encontra autorizado. - Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001 – *O silêncio administrativo* – Carlos Alberto Fernandes Cadilhe.

¹³³ Neste sentido vide Ac. do TCA do Sul, processo n.º 0248/08 de 23/06/2009 – XII – *Mas se o ato tácito de deferimento for legal, por no caso se encontrarem reunidos todos os requisitos legais vinculados de que a lei faz depender a prolação de ato expresso de deferimento, então o posterior ato expresso de sentido contrário é ilegal por erro nos pressupostos, gerador de violação de lei, sendo de anular e neste caso de declarar legal e válido o anterior ato de deferimento tácito.*

¹³⁴ Dentro do prazo legal – art. 141º n.º 2 do CPA

¹³⁵ João Tiago Silveira, O Deferimento Tácito, 2004, p.195

Por outro lado, e seguindo o regime próprio do ato administrativo, a audiência de interessados sempre estaria dispensada, nos termos do art. 103º n.º 2 alínea b) do CPA, porque a decisão é favorável ao interessado.

O mesmo se pode afirmar quanto ao dever de notificação, pois seguindo o mesmo regime, a notificação estaria dispensada ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do art. 67º do CPA.

Finalmente, neste ponto, importa refletir sobre a conceção voluntarista do ato administrativo, no sentido de que ele se traduzir numa manifestação de vontade e aferir se este elemento pode ou não presumir-se no ato tácito.

Tal como dissemos, *o deferimento tácito é um ato administrativo que resulta de uma presunção legal - presunção de que a pretensão apresentada pelo requerente foi julgada conforme as exigências postas pelo ordenamento jurídico*. Nesta perspetiva, a vontade enquanto elemento do ato administrativo, encontra-se, necessariamente, dentro daquelas *exigências postas pelo ordenamento jurídico*.

Por outro lado, e não obstante o exemplo dado por Freitas do Amaral¹³⁶ sempre se dirá que a Administração não só conhece, como deve conhecer a lei, sob pena de violar o princípio da legalidade. Então, este *dever-conhecer* por parte da Administração, quer da lei, quer das situações em que a lei presume o deferimento, não contribui somente para de certa forma acelerar o desfecho do procedimento, como nos parece sustentar a tradicional posição da doutrina que reconhece que no ato tácito há uma manifestação de vontade (tácita) da Administração, ao não decidir no prazo legalmente previsto.

Assim, a Administração pelo fato de *saber* que a lei presume o deferimento, parece-nos que isto contribuirá para a aceleração do procedimento e, em tempo, decidir de forma expressa o pedido do particular.¹³⁷

E é quiçá, nesta ou contra esta posição que se poderá invocar a velha máxima da falta de recursos humanos na Administração.

Infelizmente, ainda hoje, assistimos a condutas de trabalhadores da Administração pública, que não comovem pela escassez de recursos humanos face ao volume de trabalho existente, mas remontam à época em que “a Administração se apresentava ao público com uma face arrogante, ineficiente, ineficaz e ausente, através do seu silêncio ou através da sua recusa na

¹³⁶ Vide pág. 22.

¹³⁷ Neste sentido, vide posição sustentada por Carlos Alberto Cadilha, p. 36 deste trabalho.

satisfação dos direitos. Estes comportamentos contrariam frontalmente a lei e descaracterizam uma Administração Prestadora e Reguladora.”¹³⁸

Os argumentos expostos, no nosso ponto de vista, contribuem, desde logo, para a seguinte ideia: o silêncio administrativo com o deferimento tácito *deixa* de ser silêncio, *adquirindo, presumidamente*, a forma, conteúdo e efeitos que são conferidos por lei ao ato administrativo em sentido estrito.

¹³⁸ Rita Calçada Pires, O Pedido de Condenação à Prática de Ato Administrativo Legalmente Devido – Desafiar a Modernização Administrativa?, 2004, p. 16

2. Sobre a manutenção do ato tácito após a consagração legal da ação de condenação à prática de ato devido

Principal argumento, não só para eliminar o ato tácito negativo, mas consequentemente o ato tácito positivo, é o meio contencioso que, atualmente, permite ao particular *forçar* a Administração a decidir.

Na linha do nosso raciocínio discordamos deste argumento e consequentemente com a eliminação da nossa ordem jurídica do deferimento tácito, passando o particular para todo e qualquer silêncio da Administração, a intentar uma ação de condenação à prática de ato devido, ou seja a recorrer aos tribunais.

É certo que, como afirma Carlos Cadilha, este meio tem *justamente em vista superar o déficit de proteção jurídica que deriva da inércia administrativa*.

Mas será que nos casos em que o deferimento tácito é regra, aquele meio contencioso supera de verdade o *défice que deriva da inércia* da Administração?

Não resultariam daquela solução consequências perniciosas para os particulares, quando aplicada, nomeadamente, às situações para as quais, atualmente, o deferimento tácito está previsto?

Analisemos situações concretas da nossa lei em que é regra o deferimento tácito.

a) Acumulação de funções públicas e privadas, conforme alínea g) do n.º 3 do art. 108º do CPA e art. 28º e 29º da Lei 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

O art. 29º da Lei 12-A/2008, enuncia expressamente quais os elementos que um trabalhador com contrato em funções públicas deve indicar no requerimento, para efeitos de cumulação da função pública com a privada.

O ato administrativo que permite a acumulação deste tipo de funções é, em regra, uma autorização. De fato, e exceto em situações especiais, a possibilidade de exercício de profissões privadas em acumulação com funções públicas encontra-se abrangida pela liberdade de escolha da profissão constitucionalmente garantida no artigo 47º.¹³⁹

¹³⁹ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.157.

Salvaguardadas as restrições legais que possam ser legalmente efetuadas a este direito, liberdade e garantia, é possível falar num direito preexistente na esfera do particular quanto ao exercício da profissão.¹⁴⁰

Do lado do trabalhador, temos de partir de um único pressuposto que é o de ver a sua pretensão deferida. Bem saberá, por isso, que ao apresentar o seu pedido, o requerimento deverá estar devidamente instruído. O trabalhador desconhece se o desfecho será a omissão de pronuncia, isto é, o deferimento tácito ou a emissão de pronuncia ou seja o (in)deferimento expresso, daí que, quando elabora o seu requerimento o trabalhador presume, crê que o órgão a quem dirige o seu pedido vai analisá-lo com o objetivo de o decidir.

Por este motivo, obrigatoriamente, o trabalhador vai instruir cabalmente o seu requerimento de acordo com os requisitos legais exigidos, pois se assim não for a resposta do órgão da Administração será, forçosamente, negativa. E dizemos *forçosamente*, porquanto nos parece não ser possível dissociar o ato tácito positivo de uma decisão vinculada da Administração.

A contrario, se e só se estiverem observados os requisitos legais exigidos a resposta da Administração será, necessariamente, positiva, com respeito pelo princípio da legalidade.¹⁴¹

Discordamos, portanto, com os autores¹⁴² que entendem que o deferimento tácito pode ser determinado no âmbito dos poderes discricionários da Administração Pública.

É consabido que no poder discricionário a lei atribui à Administração Pública uma margem de autonomia, não detalhando o modo de decisão e dando ao respetivo o órgão a escolha da solução mais adequada. Apesar dos limites legais que devem ser observados na utilização desta escolha e que decorrem dos princípios e regras gerais que vinculam a Administração Pública (nomeadamente, igualdade, proporcionalidade e imparcialidade), estamos em crer que a segurança e certeza jurídicas não estariam cabalmente acauteladas, já que existem várias alternativas de decisão.

No âmbito do poder vinculado a Administração só pode decidir num único sentido, não há escolha, porque não há alternativas, logo a decisão terá de ser aquela e tão-somente aquela que, perentoriamente, está prevista na lei. E ao ser assim, não haverá desrespeito pelo princípio da legalidade, nem pelo interesse público.

¹⁴⁰ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.157.

¹⁴¹ Neste sentido vide Ac. do TCA do Sul, processo n.º 0248/08 de 23/06/2009, ponto XII citado na nota 134, p. 57 deste trabalho.

¹⁴² Entre eles, João Tiago Silveira

Relembre-se que “a qualificação de um interesse como público é resultado de uma operação normativa. O que releva é que um órgão investido de poder normativo, no respeito rigoroso de competência própria, considere seu dever qualificar como interesse público uma determinada necessidade ou exigência da coletividade.”¹⁴³

Neste contexto, quando o legislador estabelece como regra o deferimento tácito em determinada situação, não pode separar esta solução daquele conceito.¹⁴⁴

Por banda da Administração, a sustentação é a mesma no caso do pedido formulado não ser decidido.

Centremo-nos também na relação hierárquica, na relação entre o trabalhador e o seu chefe.

Se a figura do deferimento tácito fosse totalmente eliminada da nossa ordem jurídica, passando toda e qualquer omissão de decisão da Administração pública a ser requerida em tribunal, assistiríamos ao trabalhador a demandar o seu superior hierárquico contenciosamente.

É certo que lhe assiste toda a legitimidade, mas a conduta, ainda que legítima, manteria a relação laboral ilesa? A confiança até aí, existente, seria mantida? Eticamente seria correto?

Ainda sobre o caso concreto impõem-se as seguintes questões:

Que terceiros poderiam ser lesados com este ato tácito positivo?

Que princípios e normas do ordenamento jurídico, estariam violadas?

Não vislumbramos que terceiros possam ser lesados ou que princípios ou normas possam ser violadas, mas ainda que por mera hipótese teórica tal sucedesse, sempre a Administração poderia praticar um ato expresso revogando o ato tácito positivo (inválido, claro está), nos exatos termos que faria se tivesse praticado um ato expresso (também ele inválido).

Saliente-se que, um ato expresso inválido, desde que não seja nulo, consolida-se na ordem jurídica no prazo de um ano – cfr. n.º 2 do art. 141º do CPA – por se tornar inimpugnável. O mesmo se passa com o ato tácito positivo.

¹⁴³ Luís Filipe Colaço Antunes, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI – Algumas questões*, 2001, p.44

¹⁴⁴ Neste sentido vai a norma contida no art. 5º do DL n.º 135/99 de 22/04, diploma que estabelece as medidas de modernização administrativa, quando diz: “(...) os serviços públicos devem propor aos órgãos competentes um elenco de outros casos de prática de atos administrativos ou de exercício de direitos pelos cidadãos que, dependendo de aprovação ou de autorização administrativa, possam, sem prejuízo do interesse público, ser objeto de deferimento tácito, através de consagração legal.”

Por outro lado, e à semelhança do que sucede com outras situações do nosso ordenamento jurídico, se o ato tácito lesar terceiros sempre estes poderão ser ressarcidos através por via da responsabilidade civil.

Aqui chegados, podemos desde já defender que existem situações, em que o ato tácito positivo não só se justifica, como quase se impõe, sem que sejam previsíveis *prejuízos* para terceiros e sem violação do princípio da legalidade.

b) Quanto ao pedido de proteção jurídica, atual, art. 25º do Regime de Acesso ao Direito e aos Tribunais, aprovado pela Lei 34/2004 de 29 de Setembro, alterada e republicada pela Lei 47/2007 de 28 de Agosto, acrescentaríamos aos argumentos já aduzidos o seguinte: este pedido suspende a lide judicial quando o processo já se encontra a correr os seus termos, bem como o prazo para intentar a ação, conferindo, neste caso, ao particular, mais 30 dias para o seu início.

Pensemos nos prejuízos que poderiam resultar, em certos casos, para o particular, caso a lei não presumisse o deferimento - a suspensão ou início do processo judicial correriam sérios riscos de aguardar *sine dia* a decisão da Administração.

E, no caso, não parece que a ação de condenação à prática de ato devido pudesse aqui resolver o problema pois, com grande probabilidade, o tribunal não decidiria em 30 dias contínuos – cfr. n.º 1 do art. 25º da Lei 34/2004 – após a entrada da ação na secretaria.

Esta é, portanto, uma outra situação que à semelhança da cumulação de funções públicas e privadas, nos parece justificar a necessidade da figura do deferimento tácito.

Na verdade, a morosidade da Justiça é real e está muito longe de vir a ser ultrapassada, daí que defender que, com o novo meio contencioso, podemos solucionar todo e qualquer silêncio da Administração, nos parece demasiado audacioso e com graves prejuízos para o particular.

É consabido que, mesmo os prazos dos processos urgentes são muitas vezes desrespeitados e concluídos depois de vários meses.

Acrescem as custas judiciais.

Embora se encontre constitucionalmente consagrado que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não

podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos” – cfr. n.º 1 do art. 20º - as custas judiciais são bastante elevadas e a proteção jurídica é cada vez mais escassa.

A conclusão só pode ser uma: os particulares passam a ter consagrado na lei uma garantia contenciosa que lhes permite uma tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos e interesses protegidos, mas não possuem meios económico-financeiros que lhes permitam suportar os encargos judiciais.

Nesta medida, com a eliminação do deferimento tácito, as alternativas que restariam ao particular, seria conformar-se ou esperar. Por outra banda, a Administração continuaria a não decidir ou, quiçá, a decidir tardiamente.

Os argumentos que acabamos de aduzir afastam também na nossa opinião a posição de alguns autores que sustentam que contra a omissão de pronúncia da Administração, o particular pode recorrer ao instituto da responsabilidade civil. Aqui, porém, com uma dimensão acrescida quer no cumprimento dos prazos processuais, quer nas custas judiciais, e ainda, como é habitual, na injusta proporção entre o dano sofrido e a indemnização atribuída.

Neste ponto, porém, outras dúvidas podem ocorrer: E se o prejuízo para o particular for irreparável? E se o particular apenas pretender ver o seu direito deferido, não podendo a decisão ser substituída por uma reparação pecuniária? E porque não usar esta prerrogativa para a Administração e/ou para um terceiro que possa sair lesado com o deferimento tácito?

Sobre esta situação não podemos deixar de relembrar a reflexão transmitida por Carlos Alberto Cadilhe que defende “uma clara vantagem no deferimento tácito dos atos instrumentais ou interlocutórios, no domínio das relações interadministrativas.”

Carlos Alberto Cadilha, por exemplo, refere-se, neste âmbito, “às aprovações tutelares de que dependa a eficácia de um ato administrativo e às autorizações, aprovações ou pareceres de entidades estranhas ao órgão decisor que assumam um carácter obrigatório ou vinculativo, no âmbito do procedimento.”

Concordamos com o autor quando afirma que “*a inércia da entidade competente para intervir redundaria na paralisação do procedimento, retardando indefinidamente a prolação da decisão final*, equiparando ao consentimento a falta de emissão tempestiva da autorização, aprovação ou parecer.”

Com diz o autor, “trata-se aqui de atribuir efeitos positivos à passividade da Administração, no âmbito procedimental - ato tácito interno - e sem direta interferência no funcionamento dos

meios jurisdicionais de que o particular dispõe para reagir contra a ausência de uma de uma resolução final.”

Note-se que, quando tratamos o conceito de ato administrativo, excluímos do mesmo os atos instrumentais ou interlocutórios (categoria na qual se inserem as informações e pareceres), por não conterem a regulação final de uma situação jurídica individual e concreta, sendo que relevaria para o objeto do nosso estudo o ato administrativo em sentido estrito. Porém, não podemos deixar de admitir que, não raras vezes, os atos instrumentais são de extrema importância para a prática do ato administrativo final ou decisor.

Existem, porém, algumas situações na lei cujo deferimento tácito, nos suscita sérias dúvidas.

c) Declaração de Avaliação de Impacto Ambiental - atente-se, por exemplo no caso de deferimento tácito previsto no art. 19º do regime jurídico de avaliação de impacto ambiental dos projetos públicos e privados suscetíveis de produzirem efeitos significativos no ambiente, aprovado pelo DL 69/2000 de 3 de Maio, alterado e republicado pelo DL 197/2005 de 8 de Novembro.

Desta norma importa reter que a mesma estabelece os prazos em que se presume que a Declaração de Impacto Ambiental (DIA) é favorável para cada um dos diferentes projetos, contidos em anexo ao diploma e que no âmbito de um processo de licenciamento ou autorização estão sujeitos a uma Avaliação de Impacto Ambiental. (AIA).

Adiante-se também que, não é necessário ler atentamente o decreto-lei para facilmente se constatar que o procedimento conducente à DIA é de uma complexidade extrema, dado o elevado número de autoridades intervenientes, bem como ao nível da decisão que está dividida em três níveis (comissão de avaliação, autoridade de AIA e Ministro do Ambiente). Depois, não podemos descurar que esta AIA se dirige a projetos públicos e privados suscetíveis de produzirem efeitos significativos no Ambiente.

O art. 2º alínea e) e g) deste regime jurídico define AIA como “*instrumento de carácter preventivo da política do ambiente, sustentado na realização de estudos e consultas, com efetiva participação pública e análise de possíveis alternativas, que tem por objeto a recolha de informação, identificação e previsão dos efeitos ambientais de determinados projetos, bem como a identificação e proposta de medidas que evitem, minimizem ou compensem esses efeitos, tendo em vista uma decisão sobre a viabilidade da execução de tais projetos e*

respetiva pós-avaliação” e DIA como “decisão emitida no âmbito da AIA sobre a viabilidade da execução dos projetos sujeitos ao regime previsto no presente diploma”.

Se assim é, ou seja se esta avaliação é relevante para efeitos de prevenção do Ambiente, com o grau de complexidade que lhe é atribuída e, em princípio necessária, parece-nos, desde logo, que a presunção do seu sentido favorável, no caso de não ser emitida no prazo legal, indicia risco eminente de violação do interesse público e de lesão de terceiros.

Neste caso, o legislador preocupado com a excessiva complexidade imputada ao procedimento de AIA e consequentes delongas, estabeleceu como regra o deferimento tácito com o intuito de acelerar o procedimento (?) e olvidando-se dos riscos que este ato tácito positivo poderá ter, nomeadamente para o Ambiente, enquanto bem-comum a preservar. “Corre-se o risco de, seja por negligência, seja por uma atitude intencional, estar a permitir a autorização ou licenciamento de projetos, que até podem ter efeitos ambientais extremamente perversos, sem a prática expressa de uma decisão sobre a matéria.”¹⁴⁵

Depois vem, sob pena de nulidade – cfr. n.º 3 do art. 20º - submeter o presumido deferimento tácito ao Estudo de Impacto Ambiental (EIA) apresentado pelo proponente (leia-se particular/interessado) – cfr. n.º 5 do art. 19º.

Ora, esta situação quase adivinha *ab initio* uma violação do interesse público, bem como a lesão de direitos de terceiros e dá razão aos autores que apontam como crítica ao deferimento tácito, o fato de devolver para o particular uma decisão que é devida pela Administração.

Daí não defendermos o deferimento tácito para todo e qualquer ato interlocutório ou instrumental, pelo simples fato de obstarem à conclusão do procedimento com a sua paralisação, mormente quando são vinculativos. Tal qual, na mesma perspetiva, não defendemos que seja determinada essa presunção para todo e qualquer ato decisor.

¹⁴⁵ Neste sentido vide José Eduardo Figueiredo Dias, *O deferimento tácito da DIA – mais um repto à alteração do regime vigente*, Revista CEDOUA 2.2001 – “(...) no que se refere exclusivamente ao DL 69/2000, pode-se-lhe acrescentar o “pecado” da incoerência (...)”

d) Comunicações, autorizações e licenças de operações urbanísticas. Anuímos também com o deferimento tácito previsto no DL 555/99 de 16 de Dezembro¹⁴⁶, diploma que estabelece o Regime Jurídico de Urbanização e Edificação.

Não obstante ter consagrado a intimação para prática de ato devido para os procedimentos de licenciamento (cfr. art. 112º do RJUE), manteve, contudo, o deferimento tácito para os procedimentos de autorização/comunicação prévia (cfr. art.111º alínea c) e art. 113º ambos do RJUE).

Acresce que, com o objetivo de combater a inércia da Administração, o RJUE veio determinar a nulidade das licenças, comunicações prévias, autorizações e pedidos de informação prévia, que não tenham sido precedidas de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis, bem como quando não estejam em conformidade com esses pareceres, autorizações ou aprovações (cfr. art. 68º).

Assim, se o ato tácito que se forma com o decurso do tempo não tiver sido precedido *de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis, bem como quando não estejam em conformidade com esses pareceres, autorizações ou aprovações*, tal ato é nulo tal como seria o ato que tivesse sido expresso e ao qual faltasse tal requisito.

As comunicações, autorizações e licenças são atos permissivos.

Atos permissivos são “atos administrativos que possibilitam a alguém a adoção de uma conduta ou omissão de um comportamento que, de outro modo, não poderia ser prestado livremente”; “Atos que desencadeiam benefícios ou que provocam situações de vantagem”¹⁴⁷

A licença é um ato que permite a alguém de exercer um direito que a lei proíbe. O próprio ato concede o direito, que só assim se transfere para a esfera do interessado.

A autorização permite a alguém o exercício de um direito preexistente. O direito preexiste – o ato apenas permite o seu exercício, que já se encontra na esfera do interessado.

¹⁴⁶ Alterado pelas leis n.º 13/2000, de 20/07, e 30-A/200 de 20/12, pelo DL n.º177/2001 de 04/06, pelas Leis n.º 15/2002, de 22/02, e 4-A/2003, de 19/02, pelo DL 157/2006 de 08/08, pela Lei n.º 60/2007 de 04/09, pelos DL n.º 18/2008 de 29/01, e 116/2008 de 04/07, pelo DL 26/2010 de 30/03 e pela Lei n.º 28/2010 02/09.

¹⁴⁷ Noção do art. 8º n.º 1 e 2 do DL 92/2010 de 26/07 que transpõe para a nossa ordem jurídica a “Diretiva Serviços” - Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno.

De entre os atos permissivos a comunicação prévia é um mecanismo que adota um sistema em que o particular apenas tem de dar conhecimento à Administração de um determinado fato, bastando-lhe isso para, por exemplo, desenvolver uma atividade.

Tomando com exemplo a figura da comunicação prévia importa aqui aferir das diferenças e semelhanças que possam existir entre atos de comunicação e o ato tácito de deferimento.

Desde logo e em rigor, na comunicação prévia não se pode falar em silêncio da Administração, uma vez que, na prática, não está previsto um ato expresso de admissão da comunicação.

De salientar que a ausência da prática de ato expresso (ato de rejeição da comunicação prévia) equivale à prática do ato de admissão – se a comunicação prévia não for rejeitada e no prazo legalmente previsto foi admitida, deve essa informação ser disponibilizada ao interessado.

A questão do “silêncio” não se coloca quanto à prática do ato administrativo devido, mas apenas quanto à falta de emissão (de parte) do título comprovativo do ato de admissão da comunicação prévia.

Autores há, que defendem que as comunicações prévias ou atos de comunicação são uma figura alternativa ao ato tácito positivo.¹⁴⁸ “E após a comunicação, das duas uma: numa primeira hipótese prever-se-ia a possibilidade de o particular desenvolver imediatamente a atividade pretendida, estando a Administração habilitada a impedi-lo de o fazer posteriormente, através de controlo sucessivo. Uma segunda alternativa seria exigir o decurso de um lapso temporal sem que a atividade pudesse ser desenvolvida imediatamente, findo o qual o silêncio da Administração habilitaria o particular a atuar. A Administração apenas se pronunciaria se tivesse algo a opor ao pretendido, entendendo-se o seu silêncio como uma manifestação de vontade em sentido positivo. Esta solução apenas difere da anterior por o interessado dever cumprir esta obrigação de comunicação antes de iniciar a atividade, pelo que também aqui se pode levantar o problema de saber se estamos perante uma verdadeira opção em relação ao deferimento tácito, ou antes face ao dilema de saber se uma determinada atividade deve ou não ser previamente controlada pela Administração. De qualquer forma já se defendeu uma total eliminação do deferimento tácito em favor desta figura e de uma regra geral de indeferimento tácito (ou de ausência de valor jurídico para o silêncio).”¹⁴⁹

¹⁴⁸ Entre eles, João Tiago Silveira.

¹⁴⁹ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.300.

“Há que distinguir dois tipos de regime de comunicação prévia. Uma consiste em permitir ao particular o exercício das atividades pretendidas após comunicação, podendo a Administração agir posteriormente, condicionando ou impedindo aquele de continuar a agir. Os casos que aqui possam caber não são os mesmos que num regime de deferimento tácito. Está aqui em causa aquele tipo de comportamentos em que é indispensável uma apreciação preventiva pela Administração (...), mas é de exigir uma forma que permita à Administração ter conhecimento do fato de aquele particular se encontrar numa situação de poder ser objeto de uma fiscalização sucessiva. Isto é, pode ser conveniente, optando por regime de controlo a posteriori, exigir ao particular uma comunicação para que a Administração conheça certos elementos da atividade que ele vai desenvolver.”¹⁵⁰

É este regime que nos parece ser seguido aquando do registo/inscrição profissional. Mas, neste caso, “o ato de vontade do particular – o “requerimento” de inscrição – e não a subsequente declaração da Administração, é “fonte” ou “causa eficiente” do efeito “situação subjetiva” (criação ou modificação de), é ele o ato que dinamiza ou efetiva a qualidade profissional anteriormente constituída na esfera do candidato pela habilitação académica com incidência profissional.”¹⁵¹

“Mas o fato de a Administração se não poder opor ao exercício do direito do particular, não tendo oportunidade de se lhe subtrair ou de a violar, não implica que não possa ou não deva “fazer valer a falta de pressupostos para o seu exercício eficaz (...) ou a invalidade da maneira como o direito (existente) foi invocado”. A Administração não apenas tem “o poder e a obrigação de verificar os pressupostos do direito do cidadão, sendo tal verificação necessária aos fins da produção do efeito, como dispõe da competência bastante para em tal caso emanar uma sucessiva ou subsequente ordem de conteúdo negativo em que se determine a proibição do exercício da atividade.”¹⁵²

“Em princípio este poder deverá ser exercido até ao decurso do prazo para a conclusão do procedimento, mas não quer dizer que a Administração posteriormente a este prazo não possa vir a tomar tal medida: (...) “a atividade comunicada está “legitimada” ou não, com independência de que se produza face à mesma o veto obstativo, por direta aplicação do

¹⁵⁰ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.301.

¹⁵¹ João Pacheco de Amorim, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais*, Parte II, Dissertação de Doutoramento, 2004, p. 1232

¹⁵² João Pacheco de Amorim, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais*, Parte II, Dissertação de Doutoramento, 2004, p. 1234

ordenamento, em conformidade com o qual será legal ou ilegal, seja qual for o juízo valorativo - ou ausência desse juízo - que ela mereça”; por isso, “a faculdade que tem o particular de realizar a atividade, por não ter encontrado oposição, não prejudica a sua legalidade, já que da inatividade administrativa, não deriva neste caso o reconhecimento de direito algum.”¹⁵³ Não obstante este argumento, João Pacheco Amorim refere que “o ato, no caso das inscrições nas ordens profissionais, é o ato do particular como ato de vontade que de algum modo vem ocupar o lugar do ato administrativo discricionário no esquema “norma-poder-fato”.¹⁵⁴

“O único “pedido” que o particular apresenta à Administração é que esta proceda, no sentido de levar a cabo a operação de verificação de subsistência dos pressupostos e requisitos legalmente previstos – e não que decida ou que disponha (e que o faça favoravelmente ao interesse do impetrante).¹⁵⁵ O que não sucede no regime do ato/deferimento tácito.

“Noutra variante de comunicação prévia, o particular apenas estará habilitado a agir após o decurso de um lapso temporal sem que a Administração se tenha pronunciado.”¹⁵⁶

“Estes regimes em muito se assemelham com o deferimento tácito. Pelo menos para o particular tudo se passa de forma semelhante. Em ambos os casos há uma pretensão comunicada à Administração. De igual forma, o silêncio após o decurso de um lapso temporal tem um significado, que é o de habilitar o particular a agir conforme pretendido. Finalmente, tanto num como noutro regime a posição do particular adquire solidez, mas que pode ser desmoronada caso a pretensão não seja conforme a lei.”

Saliente-se ainda que, tal como sucede no deferimento tácito, pode ter acontecido que a Administração nada tenha dito por não ter analisado os dados constantes da comunicação. Como o silêncio, na comunicação, é uma forma correta de manifestação da vontade administrativa, nunca se terá consciência da ponderação, ou ausência dela, face ao pretendido

¹⁵³ João Pacheco de Amorim, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais*, Parte II, Dissertação de Doutoramento, 2004, p. 1234

¹⁵⁴ João Pacheco de Amorim, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais*, Parte II, Dissertação de Doutoramento, 2004, p. 1235

¹⁵⁵ João Pacheco de Amorim, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais*, Parte II, Dissertação de Doutoramento, 2004, p. 1238

¹⁵⁶ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.301.

pelo particular. Como já se referiu, este entendimento pode quanto a nós aplicar-se também nos casos em que o deferimento tácito esteja previsto.¹⁵⁷

O silêncio após comunicação prévia no âmbito do RJUE tem como resultado a permissão de realização da obra (artigo 36.º-A RJUE).

“Este resultado tem natureza de deferimento tácito, com regime equiparado a ato administrativo ou uma simples possibilidade de realização de uma conduta na sequência de um efeito diretamente resultante da lei?”

“As comunicações prévias no RJUE não tem natureza de deferimento tácito, mas o regime do ato/deferimento tácito é aplicável por “equiparação”, conforme decorre da epígrafe e texto do artigo 36.º-A RJUE (“Ato Administrativo”) e regimes da invalidade, revogação, caducidade, renovação e prorrogação (artigos 67.º, 68.º, 73.º, 71.º, 72.º e 53.º-3 RJUE).”¹⁵⁸

3. Sobre a violação do dever de decisão

Vimos que, enquanto vigorava o contencioso de mera anulação, foi necessário dar uma interpretação ao silêncio da Administração, sendo consagrada como regra na interpretação desse silêncio a presunção do indeferimento da pretensão do particular, uma vez que o deferimento tácito, como regra, revelar-se-ia *um eminente perigo* para o interesse público.

Julgamos, porém, que a referida *regra*, não pode ser apelidada de *regra*, mas quando muito de *exceção*. Neste sentido concordamos com Colaço Antunes quando argumenta, “*não constitui uma boa técnica legislativa instituir esta figura ao nível de um Código da atividade administrativa, sobretudo com a vastidão que aí se lhe reconhece.*”

Como é consabido a regra é o princípio, o dever de decisão consagrado no art. 9º do CPA.

Nestes termos, e de encontro com a redação proposta no projeto de revisão do CPA, corroboramos o entendimento da doutrina que defende a revogação dos artigos 108º e 109º do CPA. Este último pelas razões que já enunciamos e o primeiro porque, na nossa opinião, não está tratado, nem em sede própria, nem devidamente.

¹⁵⁷ Neste sentido vide pág. 23 deste trabalho.

¹⁵⁸ João Tiago V. A. da Silveira (...) in “O contencioso dos atos de controlo prévio das operações urbanísticas” – Curso de pós-graduação em Direito do Urbanismo e da Construção - ICJP/FDUL

Excluiríamos, pois, do CPA as situações enunciadas, atualmente, no n.º 3 do seu art. 108º, tal como veio a suceder no projeto de revisão, pois, esta enumeração pode gerar interpretações díspares.

Com a presunção do deferimento tácito previsto em lei especial não haverá, quanto a nós, violação do princípio da decisão, mas exceções ao dever (expresso) de decidir.

Acresce que, atualmente, as situações onde a lei presume o deferimento tácito estão taxativamente previstas na lei e são, necessariamente, decisões vinculadas, estritamente vinculadas à lei não permitindo, nem podendo permitir qualquer margem de discricionariedade à Administração.

Assim, às situações que o legislador faça corresponder a presunção legal do deferimento tácito, a decisão da Administração será necessariamente vinculada. Ou seja no âmbito do procedimento administrativo e aquando da análise e instrução do pedido do particular, observados que sejam todos requisitos legais, a Administração só poderá decidir num único sentido, que é o deferimento expresso do pedido. Pois, ao contrário, isto é, havendo indeferimento (expresso), estaremos perante uma decisão que enferma de vício de violação de lei, dando lugar à anulação do ato.¹⁵⁹

É a lei que define os requisitos necessários ao deferimento do pedido do particular e será também a lei que, através da ponderação do caso concreto, da autorização exigida/requerida, bem como dos pressupostos que lhe são inerentes, que na estrita observância dos princípios fundamentais do Direito, atribui um resultado positivo ao silêncio da Administração, que ao ser expresso, não poderia ser noutro sentido.

Não raras vezes, é a própria Administração que conhecendo a lei e aproveitando essa presunção “decide”.

Há, portanto, situações da vida quotidiana, às quais o legislador, excecionalmente, deve dar uma interpretação positiva ao silêncio da Administração, aí defendendo quer o interesse do particular, quer o interesse público, pois a este lhe correspondem as necessidades da coletividade e de cada um dos seus membros. Estes membros são todos os particulares que, constantemente, no seu dia-a-dia, interagem com a Administração.

¹⁵⁹ Neste sentido vide pág. 61 deste trabalho.

4. Sobre a segurança e certeza jurídica

Como conhecimento prévio daquilo com que cada um pode contar para, com base em expectativas firmes, governar a sua vida e orientar a conduta, a segurança jurídica aparece-nos sob a forma de “certeza jurídica”.

Para esta concorrem, desde logo, as leis formuladas em termos claros e precisos, que não deixam margem a ambiguidades de interpretação, nem de lacunas e que, portanto, evitam o recurso a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais.

Contudo, não raras vezes, a certeza e segurança jurídica são sacrificadas, pois, como sabemos, o legislador não pode deixar de recorrer em vários domínios jurídicos àqueles conceitos e cláusulas. O mesmo sucede quando estamos no domínio do exercício de um poder discricionário.

Conforme dissemos, num caso em que a lei presuma o deferimento tácito de uma pretensão do particular, por falta de decisão da Administração no prazo legal, o legislador não pode, nem deve, fazer uso de conceitos de indeterminados ou mesmo permitir qualquer margem de discricionariedade.

A norma jurídica deverá, assim, ser formulada e elaborada, em nome da segurança e certeza jurídica, em termos claros, precisos e no âmbito de um poder vinculado.

Julgamos, por isso, que esta segurança e certeza não se encontrarão perturbadas nos casos em que se determina o deferimento tácito, pois a lei, neste domínio, impõe-se ou, pelo menos, deverá impor-se clara e precisa. De outra forma, do nosso ponto de vista, não poderá ser conferida pelo legislador a presunção de tal deferimento.

Neste sentido, existe a mesma suscetibilidade de perturbação do princípio da segurança e certeza jurídica quer no ato tácito positivo, quer no ato expresso, se estiverem envolvidos vícios de violação de lei.

5. Sobre a inconstitucionalidade da figura do deferimento tácito e a violação do princípio da separação de poderes

Contra o ato silente, alguns autores¹⁶⁰ falam na violação do princípio da separação de poderes, por se subtrair (legalmente) à Administração a fase de ponderação de interesses – no ato tácito

¹⁶⁰ Entre eles, Colaço Antunes.

positivo, o legislador substitui-se à Administração, bem como na derrogação do princípio constitucional que impõe, imperativamente, à Administração o dever de realizar o interesse público (art. 266.º/1 da C.R.P.).

Este argumento, todavia, não colhe face ao raciocínio desenvolvido ao longo deste trabalho. Vejamos porquê.

O interesse público é definido pelo legislador e executado pela Administração nos termos definidos por lei. Ora, nos casos em que o legislador determina o deferimento tácito deve, necessariamente, acautelá-lo e defini-lo tal qual deve, posteriormente, ser, preconizado/executado, sem mais, nem menos pela Administração no momento em que decide (poder vinculado).

Se a decisão carecer da ponderação de interesses por parte da Administração pública, bem como de instrução de outros elementos e ponderações, que, eventualmente, suscitem uma certa margem de discricionariedade, o legislador, não poderá, quanto a nós, determinar a presunção do deferimento tácito na falta de decisão do órgão da Administração. Ou seja, a situação não poderá ser excecionada do dever de decisão.

Acresce que, constitucionalmente, “podemos encontrar as seguintes justificações para o deferimento tácito: garantir a celeridade procedimental (cfr. art. 267º n.º 2 da CRP e art. 10º do CPA); assegurar a proteção de determinados direitos constitucionalmente consagrados cujo exercício dependa de um controlo administrativo; satisfazer a exigência da tutela jurisdicional efetiva face a uma eventual inexistência de meios processuais adequados para assegurar o direito do particular de forma suficiente¹⁶¹, *máxime* quanto a atos instrumentais.”

“Não se pode dizer que resulta da Constituição uma obrigação de adotar o deferimento tácito em nome da garantia de celeridade e eficácia no procedimento administrativo. O que existe é uma diretriz constitucional quanto à simplificação do procedimento tendo em conta esses valores.”¹⁶²

“Um dos fundamentos do deferimento tácito reside na obrigação de eficácia que impende sobre a Administração. O fundamento de um determinado valor regime de deferimento tácito pode justificar-se pelo valor constitucional que visa proteger. Assim, o deferimento tácito tem

¹⁶¹ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.105.

¹⁶² João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p.106

como objetivo permitir o exercício de direitos, eliminando os entraves que aos mesmos possam advir da inércia da Administração.”¹⁶³

¹⁶³ João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, 2004, p. 107

Bibliografia

António Francisco de Sousa, *Direito Administrativo*, Prefácio, 2009

Diogo Freitas do Amaral, Curso de *Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 8ª reimpressão da edição de 2001

João Batista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1993

João Pacheco de Amorim, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais*, Parte II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004

João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, Coimbra Editora, 2004

José Manuel Santos Botelho, *Código de Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 5ª edição, Almedina, 2002

Luís Filipe Colaço Antunes, *Para um Direito Administrativo de garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, Almedina, 2000

Luís Filipe Colaço Antunes, *A Teoria do Ato e a Justiça Administrativa*, Almedina, 2006

Mário Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2ª edição, 2003.

Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980

Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código de Procedimento Administrativo (Comentado)*, Almedina, 1997.

Rita Calçada Pires, *O Pedido de Condenação à Prática de Ato Administrativo Legalmente Devido – Desafiar a Modernização Administrativa?*, Almedina, 2004