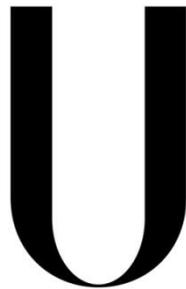


**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**A TUTELA JURISDICIONAL DO DESTINATÁRIO DA SANÇÃO
PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL
ADMINISTRATIVO**

Bruno Miguel dos Santos Carrilho Tabaio

Orientação na elaboração da dissertação:

Professora Doutora Alexandra Ludomila Ribeiro Fernandes Leitão

MESTRADO EM DIREITO
(DIREITO ADMINISTRATIVO)

2016

Ao meu pai, António Jorge Carrilho Tabaio
À minha avó paterna, Maria Júlia Carrilho Tabaio

À minha orientadora na elaboração da dissertação,
Professora Doutora Alexandra Leitão

Qual é aqui a incógnita X em que se apoia o entendimento quando crê encontrar fora do conceito A um predicado B, que lhe é estranho, mas todavia considera ligado a esse conceito?

IMMANUEL KANT, CRÍTICA DA RAZÃO
PURA, 1781 (com a versão de 1787)

“All instruments are as good as they are used”

YANIS VAROUFAKIS, EM ENTREVISTA COM GERARDO
PISARELLO, JANEIRO DE 2016

RESUMO

Imagine-se apontar uma arma a uma pessoa para compelir outra a certa conduta. Imagine-se, numa sociedade Europeia moderna, um instrumento jurídico que vise permitir ao tribunal a exploração de uma tal dimensão de coerção. Em 2002, tal instrumento foi consagrado no direito processual administrativo português. O artigo 169.º, n.º 1, do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* consagra uma sanção pecuniária sobre uma pessoa jurídica (o *titular do órgão*) por cada dia de certo incumprimento imputável a outra pessoa jurídica (a *administração pública*). A tal designou a lei *sanção pecuniária compulsória* (SPC). Porque recorreu o legislador a tal instrumento? Porque, na realidade natural, não existindo a pessoa coletiva, quem adota a conduta de incumprimento é, de facto, a pessoa física. Mas pode o enquadramento dessa realidade natural ser transposto, sem mais, para a realidade jurídica? No meu entendimento, não.

No entanto, este problema parece nunca ter sido considerado. Decorridos 14 anos de vigência do preceito, apenas foram suscitadas pequenas e esparsas dificuldades de aplicação processual. A presente dissertação visa representar, em primeiro lugar, a consciencialização do que denominei as *quatro questões nucleares*:

- Substantivamente, como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* se não é parte na relação material controvertida?
- Ainda substantivamente, como pode uma esfera jurídica (titular do órgão) ser sancionada pelo incumprimento imputável a outra esfera jurídica (administração pública)?
- Processualmente, como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* (“condenação”, nos termos de alguma doutrina e jurisprudência) se este não é parte processual nem intervém, em qualquer qualidade, na ação judicial (exceto, possivelmente, como representante da administração pública)?
- Ainda processualmente, como pode o *titular do órgão* exercer um eventual direito ao contraditório se não é parte processual nem tem legitimidade processual?

A segunda finalidade desta dissertação consiste na consideração das várias possibilidades jurídicas de resposta àquelas questões e na apresentação da solução adotada. Iniciar-se-á com uma tentativa de enquadramento jurídico-substantivo

entre o *titular do órgão* e a *relação material controvertida*. A impossibilidade, a meu ver, de tal solução, determinará, como posição adotada, uma relação juridicamente relevante entre o *titular do órgão* e a *ação judicial* na qual a *administração pública* assume a qualidade de ré. Tal relação substantiva materializar-se-á pela notificação da decisão judicial ao *titular do órgão*, que constituirá, na sua esfera jurídica, um dever de conduta: (a) não dificultar ou impedir dever de cumprimento que recai sobre a *administração pública* e (b) adotar todas as condutas úteis e possíveis para esse cumprimento.

De seguida, procurar-se-á definir um regime jurídico-processual relativo à condenação do *titular do órgão* pelo não cumprimento do *seu* dever jurídico de conduta. Essa tramitação processual deverá, no entanto, ser apta a garantir uma compulsão sobre a *administração pública* ao cumprimento da decisão judicial na qual foi condenada. Deve, neste momento, o júri procurar compreender que, ao invés de o incumprimento da *administração pública* determinar a aplicação da SPC sobre o *titular do órgão* (que entendo ser juridicamente impossível, considerando o ordenamento jurídico atual), na minha proposta é o incumprimento do *titular do órgão* (de um dever específico que recai sobre a *sua* esfera jurídica) que gera compulsão sobre a *administração pública*.

Esta relação causal *incumprimento do titular do órgão* → *compulsão da administração pública* vai exigir uma *inter-relação* entre ambas as condenações que edificarei por recurso a elementos de *interconexão* (um desses elementos advirá da natureza jurídica da SPC, que redefinirei). O resultado da *inter-relação* será uma ação judicial composta por duas instâncias declarativas condenatórias: a primeira com a *administração pública* na qualidade de ré e a segunda o *titular do órgão*. A *inter-relação* determinará ainda (a) a *forma de processo urgente* na condenação do *titular do órgão* e (b) a construção da *teoria do efeito reflexo* para enquadrar o impulso processual dessa instância. Tudo para garantir a tutela jurisdicional do autor processual (na sua pretensão juridicamente considerada contra a *administração pública*) sem afetar, indevidamente, a esfera jurídica do *titular do órgão*.

ABSTRACT

Imagine pointing a gun at a person for the purpose of oblige another to determined conduct. Imagine, in a modern European society, a legal instrument which targets to permit the court the exploration of such dimension of coercion. In 2002 such an instrument was established in Portuguese administrative procedural law. The *Administrative Judicial Procedural Code's* disposition 169.^o (n.^o 1) establishes a pecuniary sanction to a person (the *Legal Entity's Body Member*) for each day of certain non-compliance imputable to another person (the legal entity *public administration*). To such an instrument the law designed the name *compulsory pecuniary sanction* (CPS). Why did the legislator resort to such an instrument? Because, in natural reality, not existing the legal entity, is, in fact, the physical person whom adopts the non-compliance conduct. But can that natural reality framework be transposed, without further considering, to legal reality? In my understanding, no.

However, this problem appears to have never really been considered. In the 14 years of the CPS's existence, only little and sparse procedural difficulties had been raised. The present dissertation aims, firstly, to represent the consciousness of what I called the *four nuclear questions*:

- Substantively, how can one apply the CPS to the *Legal Entity's Body Member* if he does not integrate the litigation object?
- Still substantively, how can a legal sphere (the *Legal Entity's Body Member*) be sanctioned for a non-compliance imputable to another legal sphere (the legal entity *public administration*)?
- Procedurally, how can one apply the CPS to the *Legal Entity's Body Member* ("conviction", as generally called by doctrine and jurisprudence) if he is not a defendant, nor intervenes, in any quality, at the procedural process (except, possibly, as the *public administration* representative)?
- Still, procedurally, how could the *Legal Entity's Body Member* intervene and exercise his *fair hearing right* if he is not a defendant nor has a procedural legitimacy?

The present dissertation's second goal consists in the consideration of the several legal possible answers to those questions and in the densification of the adopted

one. It will be started with an attempt of legal-substantive framework between the *Legal Entity's Body Member* and the *litigation object*. The impossibility, in my opinion, of such a solution, will determine, as adopted position, the construction of a legal relation between the *Legal Entity's Body Member* and the *lawsuit* in which the *public administration* is the defendant. Such relation will be materialized by the judicial decision's notification to the *Legal Entity's Body Member*. Such notification will constitute, in his legal sphere, a legal conduct duty: (a) not to difficult or, in any way, stop the accomplishment which the *public administration* is obliged to fulfill and (b) adopt every possible and useful conduct to that accomplishment.

Next, it will be defined a legal-procedural framework of the *Legal Entity's Body Member's* conviction considering *his* non-compliance of *his* legal conduct duty. This legal-procedural framework must, however, be able to guarantee a compulsion over the *public administration* to compel her to the compliance of *her* conviction. At this point must the jury try to comprehend that, instead the understanding in which the *public administration's* non-compliance determines the CPS application over the *Legal Entity's Body Member* (which, in my understanding, is legal impossible, considering today's legal framework), in my proposal is the *Legal Entity's Body Member's* non-compliance (of a legal conduct duty constituted in *his* legal sphere) that generates the compulsion over the *public administration*.

This causal nexus *Legal Entity's Body Member's non-compliance* → *public administration compulsion* will demand an edification of an *inter-relation* between both convictions which I will build over *interconnection* elements (one of those elements will come from the CPS's legal-nature, which I will redefine). The *inter-relation's* result will be a lawsuit composed by two separated convictions: one with *public administration* as the defendant; another with *Legal Entity's Body Member*. The *inter-relation* will also determine (a) the *urgent procedural form* of the *Legal Entity's Body Member's* conviction and (b) the *reflex effect theory* construction to structure the necessary procedural impulse. Everything to guarantee the plaintiff's *effective judicial protection* (in his legal pretension against the *public administration*) without affecting, unduly, the *Legal Entity's Body Member* legal sphere.

PALAVRAS-CHAVE

**Sanção Pecuniária Compulsória / Titular do Órgão / Esfera Jurídica
/ Incumprimento / Tutela Jurisdicional Efetiva**

KEY WORDS

**Compulsory Pecuniary Sanction / Legal Entity's Body Member / Legal Sphere
/ Non-compliance / Effective Judicial Protection**

APRESENTAÇÃO GERAL DA DISSERTAÇÃO

- SECÇÃO I - PERSPETIVA HISTÓRICA DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO**
- CAPÍTULO I - O ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS
- CAPÍTULO II - O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS
- SECÇÃO II - ANÁLISE DOUTRINAL E JURISPRUDENCIAL**
- CAPÍTULO I - A DOUTRINA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO OFICIAL DA NORMA
- CAPÍTULO II - A JURISPRUDÊNCIA
- CAPÍTULO III - ANÁLISE E CONCLUSÃO
- CAPÍTULO IV - A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA
- SECÇÃO III - PROPOSTA ADOTADA**
- CAPÍTULO I - DIMENSÃO JURÍDICO-SUBSTANTIVA: A INTER-RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O TITULAR DO ÓRGÃO E A AÇÃO JUDICIAL
- CAPÍTULO II - DIMENSÃO JURÍDICO-PROCESSUAL: A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DO TITULAR DO ÓRGÃO
- SUBCAPÍTULO I - O SENTIDO INCONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA
- SUBCAPÍTULO II - ANÁLISE E PROPOSTA DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DO TITULAR DO ÓRGÃO

ÍNDICE

PRÉ CONSIDERAÇÕES	25
INTRODUÇÃO	29
SECÇÃO I - PERSPETIVA HISTÓRICA DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO	33
CAPÍTULO I – O ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS	35
α. Os antecedentes: A prevenção à inexecução e a incitação à execução	35
1 – Primeira modalidade: A <i>Commission du Rapport et des Études</i>	35
2 – A extensão do regime aos tribunais administrativos de 1. ^a e 2. ^a instância.....	36
3 – Segunda modalidade – A publicação	37
β. A génese: As consequências e sanções da inexecução do caso julgado	37
4 – A <i>astreinte</i> no <i>Conseil D’Etat</i>	37
γ – A mutação posterior à criação	38
5 – A extensão do âmbito subjetivo de aplicação.....	38
6 – A extensão da <i>astreinte</i> aos tribunais administrativos de 1. ^a e 2. ^a instância.....	38
7 – O <i>Code de Justice Administrative</i>	40
δ – Conclusão	40
8 – Introdução.....	40
9 – O destinatário da <i>astreinte</i> no ordenamento jurídico francês	41
CAPÍTULO II – O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	42
α. O processo de formação (intelectual) da norma	42
10 – Introdução	42
11 – A pesquisa.....	43
β. Os antecedentes jurídicos	48

12 – O regime anterior	48
γ. Análise e Conclusão.....	50
13 – Análise e conclusão geral.....	50
14 – Em específico, o destinatário da sanção pecuniária compulsória	52
SECÇÃO II – ANÁLISE DOUTRINAL E JURISPRUDÊNCIAL	55
15 – Introdução: As quatro questões nucleares	57
CAPÍTULO I – A DOUTRINA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO OFICIAL DA NORMA	57
16 – Introdução	57
17 – A prolação temporal do entendimento jurídico-substantivo; O início de desenvolvimento de um regime processual	60
18 – A recusa (inconsciente) de consciencialização	65
CAPÍTULO II – A JURISPRUDÊNCIA	66
19 – Introdução	66
20 – A consonância com a doutrina pós-CPTA no entendimento jurídico-substantivo e o conseqüente contributo jurisprudencial para a sua cristalização.....	67
21 – O titular do órgão e a (ausência de) qualidade de parte processual ..	68
22 – A necessidade de notificação	69
23 – A imputação subjetiva	70
24 – A recusa (inconsciente) de consciencialização	71
CAPÍTULO III – ANÁLISE E CONCLUSÃO.....	72
25 – Análise.....	72
26 – <i>Situação A</i> – A doutrina de indistinção entre os conceitos <i>órgão e titular do órgão</i>	72
27 – <i>Situação B</i> – A doutrina de indistinção jurídico-substantiva seguida de distinção jurídico-processual	76
28 – <i>Situação C</i> – A doutrina e jurisprudência da admissibilidade de sanção de uma pessoa jurídica por incumprimento imputável a outra	

pessoa jurídica desde que seja processualmente assegurada tutela jurisdicional.....	77
29 – Conclusão e posição adotada (<i>Situação D</i>)	78
CAPÍTULO IV – A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA	82
30 – O ano 2015	82
SECÇÃO III – PROPOSTA ADOTADA.....	83
31 – Introdução	85
CAPÍTULO I – DIMENSÃO JURÍDICO-SUBSTANTIVA: A INTER-RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O TITULAR DO ÓRGÃO E A AÇÃO JUDICIAL.....	88
α. Hipótese 1 – Situação D1 – O sentido inconstitucional na interpretação da norma	88
32 – Entendimento adotado.....	88
β. Hipótese 2 – Situação D2 a Situação D4 – A incógnita X.....	89
33 – Introdução	89
34 – A <i>incógnita X</i> na <i>Situação D2</i> : A inter-relação jurídica entre o titular do órgão e a <i>relação material controvertida</i> objeto da ação judicial na qual é ré a administração pública.....	90
γ. A incógnita X na Situação D4: A inter-relação jurídica entre o titular do órgão e a ação judicial na qual é ré a administração pública.....	91
A – O CARÁTER TRIDIMENSIONAL DA NORMA: A INTERPRETAÇÃO LATA DO ARTIGO 169.º, N.º 1, DO CPTA.....	91
35 – A dimensão substantiva: a primeira previsão e a primeira estatuição	91
36 – A dimensão substantiva: a segunda previsão e a segunda estatuição	93
37 – (Continuação) A culpa	93
38 – A dimensão processual.....	95
B – NATUREZA JURÍDICA DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA.....	96
39 – Introdução	96

40 – A natureza coerciva: Crítica ao entendimento assente.....	96
41 – Posição adotada: a natureza coercivo-preventiva dual (sobre o titular do órgão e sobre a administração pública)	98
42 – Natureza exclusivamente sancionatória após o incumprimento?: Crítica ao entendimento assente e posição adotada (a natureza coercivo-sancionatória sobre o titular do órgão)	99
D – CONCLUSÃO	101
43 – O centro gravitacional.....	101
44 – A natureza jurídica da sanção pecuniária compulsória no direito processual administrativo	102
CAPÍTULO II – DIMENSÃO JURÍDICO-PROCESSUAL: A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DO TITULAR DO ÓRGÃO	102
45 – Introdução	102
46 – O direito ao contraditório.....	103
SUBCAPÍTULO I – HIPÓTESE 1 – SITUAÇÃO D3 – O SENTIDO INCONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA	104
47 – A exigência constitucional de <i>tutela jurisdicional efetiva</i>	104
SUBCAPÍTULO II – HIPÓTESE 2 – SITUAÇÃO D4 – ANÁLISE E PROPOSTA DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DO TITULAR DO ÓRGÃO	105
48 – Introdução	105
α. O processo declarativo	105
49 – Enquadramento inicial; Os elementos de <i>interconexão</i>	105
A – A CONFORMAÇÃO DE UM REGIME PROCESSUAL	107
50 – O fundamento nuclear das formas de processo: A <i>utilidade</i> da tutela jurisdicional.....	107
51 – A efetividade da <i>utilidade</i> na tutela jurisdicional.....	108
52 – Em específico, o regime processual na aplicação da sanção pecuniária compulsória ao titular do órgão	109
B – FORMAS DE INTERCONEXÃO IN CASU E RESPETIVA CONFORMAÇÃO DA FORMA DE PROCESSO: ANÁLISE E PROPOSTA	110

53 – A conformação e a disponibilidade da instância: Incidente da instância tipificado?.....	110
54 – Incidente da instância não nominado?.....	116
55 – Apensação de ações?	118
56 – Enquadramento Conclusivo	118
57 – Posição adotada: O <i>prosseguimento da ação</i>	120
58 – Concretização <i>ad hoc</i> do <i>prosseguimento da ação</i>	121
59 – O objeto do processo no <i>prosseguimento da ação</i>	122
60 – O autor processual e o impulso processual inicial no <i>prosseguimento da ação</i> : A <i>teoria do efeito reflexo</i>	123
61 – Enquadramento conclusivo	128
62 – A forma de processo especial: O <i>princípio da adequação formal</i> e o <i>processo urgente principal</i>	128
63 – A dimensão do direito de defesa do titular do órgão.....	130
β. O processo executivo: A “liquidação”	131
64 – Posição adotada.....	131
γ. A imposição da sanção pecuniária compulsória antes da decisão judicial (artigos 78-A, n.º 3, e 84.º, n.º 5, do CPTA): uma especificidade?	132
65 – Enquadramento inicial	132
66 – A solução proposta.....	133
CONCLUSÃO	135
ANEXO I	139
ANEXO II	143
ANEXO III	145

ABREVIATURAS

AP	-	Administração Pública
CJA	-	<i>code de Justice Administrative</i>
CC	-	Código Civil
CPC	-	Código de Processo Civil
CPC/1939	-	Código de Processo Civil aprovado pelo Decreto-lei n.º 29:637, de 28 de maio de 1939
CPC/1961	-	Código de Processo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de dezembro de 1961
CPTA	-	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRE	-	<i>Commission du Rapport et des Études</i>
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
CTACAA	-	<i>Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel</i>
ETAF/1984	-	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril
ETAF/2002	-	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro
ETAF/2015	-	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
LPTA	-	Lei de Processo nos Tribunais Administrativos
RCP	-	Regulamento das Custas Processuais
RRCEEEP	-	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas
SPC	-	Sanção Pecuniária Compulsória
STA	-	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
TCA	-	Tribunal Central Administrativo
TCAN	-	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	-	Tribunal Central Administrativo Sul

PRÉ CONSIDERAÇÕES

PRÉ-CONSIDERAÇÕES ESTRUTURAIS

As transcrições e o acordo ortográfico

Todas as transcrições estão em consonância com as regras do acordo ortográfico, ainda que os textos transcritos lhe sejam anteriores ou os seus autores tenham decidido não o cumprir. Apenas se encontrarão na ortografia anterior as referências bibliográficas, dada a eventual relevância para a pesquisa (essencialmente electrónica) das obras.

A pesquisa e o direito comparado

O objeto desta dissertação (o *titular do órgão* enquanto destinatário da SPC e a sua tutela jurisdicional efetiva) é uma especificidade do ordenamento jurídico português (inclusive face ao instrumento de origem: a *astreinte* francesa) adveniente, como se verá, duma posição doutrinária de DIOGO FREITAS DO AMARAL segundo a qual são indistinguíveis o *órgão* e o *titular do órgão* no âmbito da atividade administrativa.

O carácter variante do instrumento compulsório português, a necessidade de entender a origem desse carácter e a procura de uma solução para as dificuldades jurídicas por si criadas (objetivo nuclear do estudo), enquadram a presente dissertação num estudo doutrinal e jurisprudencial essencialmente nacionais e, conseqüentemente, num tratamento do tema que se pode caracterizar *solitário*, dada a sua insuscetibilidade de acompanhamento, pelo menos diretamente, por um estudo do direito comparado extenso e diversificado.

Não obstante, com vista a superar essa limitação e a enriquecer o estudo e a exposição, visou-se uma análise e descrição da origem e evolução até ao presente da *astreinte* francesa (elemento catalisador da SPC no nosso ordenamento jurídico).

PRÉ-CONSIDERAÇÕES CONCEPTUAIS

O conceito *titular do órgão*

Nos termos do CPTA os principais destinatários da SPC são *os titulares dos órgãos incumbidos da execução* (artigo 169.º, n.º 1). No entanto, o diploma prevê expressamente um caso em que o instrumento jurídico pode ser aplicado a um *particular*: no incumprimento de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias (artigo 111.º, n.º 4).

Com a presente dissertação pretendo a apresentação do estudo relativo à inter-relação entre (a) a produção de efeitos da SPC a pessoa (singular) distinta daquela a cujo incumprimento é imputado (pessoa coletiva) e (b) a tutela jurisdicional da primeira. Ora, essa problemática não se verificará nas situações da aplicação do instrumento a pessoas singulares rés na intimação, pelo que não integram o âmbito subjetivo da dissertação.

Poder-se-á, no entanto, verificar quando na qualidade de ré se encontre uma pessoa coletiva de natureza jurídico-privada: nestas situações (e considerando a remissão expressa do artigo 111.º, n.º 4, para o artigo 169.º, ambos do CPTA) é defensível o entendimento de a SPC se aplicar aos titulares dos seus órgãos. Estes casos integrarão o âmbito subjetivo do presente estudo.

Não obstante o parágrafo anterior, considerando,

- Que os restantes preceitos respeitantes ao instrumento jurídico gravitam expressamente em torno do incumprimento da pessoa coletiva *administração pública*, e,
- Que o seu incumprimento constituirá a quase totalidade das situações de aplicação da SPC,

Tem-se que o texto da dissertação será estruturado unicamente por referência à *administração pública* enquanto a pessoa coletiva. O estudo e conclusões serão, no entanto, analogicamente aplicáveis aquando da aplicação da SPC aos titulares dos órgãos de pessoas coletivas privadas ainda que não envolvendo o exercício de poderes públicos.

Por fim, cabe uma referência aos órgãos *singulares* (com um titular) e *colegiais* (com dois ou mais titulares). Nestes últimos, a SPC não será aplicada aos membros

do órgão que demonstrem expressamente a *vontade* no cumprimento da decisão judicial (seja por via da deliberação ou da comunicação por escrito), sendo aplicável aos restantes membros (que, para o efeito, serão individualmente identificados). Neste âmbito, far-se-á a observação de recurso à flexão gramatical de número *singular* (*titular do órgão*). Pretende-se, além da facilidade de exposição e compreensão, a consciencialização de, no âmbito dos órgãos colegiais, dever ser considerada a esfera jurídica de cada *titular do órgão* destinatário da SPC.

O conceito *administração pública*

É conhecida entre os administrativistas a pluridimensão do conceito *administração pública* com o seu sentido orgânico, material e formal. Assim, num texto que a tenha por objeto (ainda que indireto) há previamente que determinar a aceção considerada.

No caso concreto, o objeto nuclear da dissertação é o destinatário da SPC no direito processual administrativo, instrumento cuja aplicação traduz um poder do tribunal para assegurar a *efetividade da tutela* (artigo 3.º, n.º 2, do CPTA) em ações judiciais no âmbito da jurisdição administrativa. Na qualidade de destinatário encontrar-se-á o *titular do órgão* de pessoa coletiva (de natureza jurídica privada ou pública) à qual seja imputada uma conduta que integre o litígio e o âmbito da jurisdição administrativa. O descrito é suficiente para a adoção do sentido *material*¹ (ou *material-funcional*²): *administração pública* enquanto *atividade administrativa*.

Do exposto apenas não se encontram abrangidas (nos termos do artigo 111.º, n.º 4, do CPTA) as pessoas coletivas de natureza jurídico-privada que não exerçam a atividade administrativa. Reitera-se o já patente no ponto anterior relativo à sua não referência expressa e constante no texto que se seguirá, não obstante a sua aplicabilidade por analogia.

Por fim, cabe apenas a nota de, por uma vez, se fazer referência ao sentido *orgânico* do conceito (e far-se-á menção expressa com vista a evitar confusão).

¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, pp. 36 a 38.

² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, p. 13.

³ *A Sanção pecuniária Compulsória no Contencioso Administrativo Autárquico*, p. 11.

⁴ Artigo publicado em 25 de janeiro de 2016, no jornal estadunidense *New York Times*, no qual é

² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, p. 13.

INTRODUÇÃO

Em 2002 foi legalmente consagrado, no direito processual administrativo português, um novo poder dos tribunais com vista à garantia das suas decisões judiciais: a sanção pecuniária compulsória (doravante, SPC), instrumento jurídico de carácter preventivo (desincentivar o incumprimento) e, por vezes, sancionatório (impelir ao fim do incumprimento quando este se tenha constituído). Embora com previsões específicas de aplicabilidade distribuídas em vários preceitos no *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (CPTA) (que, no meu entender, são desnecessárias, tendo apenas uma finalidade pedagógica de lembrar e incentivar o seu uso pelo tribunal e o seu requerimento pelo autor processual), estipula-se, no n.º 2 do artigo 3.º, uma norma de incidência geral segundo a qual,

“Por forma a assegurar a efetividade da tutela, os tribunais administrativos podem fixar oficiosamente um prazo para o cumprimento dos deveres que imponham à Administração e aplicar, quando tal se justifique, sanções pecuniárias compulsórias”.

Contribuindo para a desfragmentação da consagração jurídica do instrumento, o seu carácter processual encontra-se essencialmente previsto no artigo 169.º do mesmo diploma. Nos termos do n.º 1 deste preceito,

“A imposição de sanção pecuniária compulsória consiste na condenação dos titulares dos órgãos incumbidos da execução, que para o efeito devem ser individualmente identificados, ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso que, para além do prazo limite estabelecido, se possa vir a verificar na execução da sentença”.

Embora eu pareça isolado neste entendimento, esta norma é intrigante: como pode uma pessoa jurídica (o *titular do órgão*) ser sancionada pelo incumprimento de uma decisão judicial imputável a outra pessoa jurídica (a *administração pública*)? Como pode a sua esfera jurídica (*in concreto*, o direito jurídico *propriedade privada*, dado o carácter pecuniário da sanção) ser afetada por uma conduta (ativa ou omissiva) imputável a outra esfera jurídica?

A estas duas questões podemos juntar uma terceira: existe, sequer, um elo juridicamente relevante que estabeleça uma ligação (a que chamarei *incógnita X*, em tributo ao entendimento de IMMANUEL KANT) entre o *titular do órgão* e a relação material controvertida do *autor processual* com a *administração pública*?

E, por fim, uma quarta questão: ainda que se discernisse uma solução para aquelas questões, como sancionar o *titular do órgão* sem que tenha, alguma vez, participado na ação judicial e sem que tenha podido exercer um direito ao contraditório?

Este não é um texto sobre a SPC (embora vise a sua concretização). Nem é um texto sobre os poderes de garantia dos tribunais (embora vise o seu exercício). É uma dissertação que tem por objeto o princípio jurídico *tutela jurisdicional efetiva*, embora num plano concreto definido: a aplicação da SPC no direito processual administrativo. Considerando ser o *titular do órgão* o destinatário do instrumento, o tema-objeto é composto, especificamente, pela crítica e pela proposta (i) quanto à dimensão jurídico-substantiva que sustenta a sua aplicação ao *titular do órgão* (como justificar a afetação da propriedade privada do titular do órgão) e (ii) quanto à dimensão jurídico-processual para tal aplicação (como pode o *titular do órgão* exercer o seu direito ao contraditório).

Demonstrar-se-á que o regime previsto no CPTA, tal como tem sido interpretado doutrinal e jurisprudencialmente, afeta negativamente os direitos, constitucionalmente consagrados, à *propriedade privada* e à *defesa e acesso aos tribunais do titular do órgão* e fá-lo em violação do artigo 18.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa* (CRP).

Demonstrar-se-á que existiu um contexto factual que justifica o enquadramento do *titular do órgão* como destinatário da SPC (a presença de DIOGO FREITAS DO AMARAL na Comissão de 1987 a 1990 para a elaboração de um projeto de código de contencioso administrativo e o seu entendimento de indistinção entre *órgão* e *titular do órgão*), mas que tal contexto desvaneceu sem que, contudo, o conteúdo ou o entendimento da norma se alterasse.

Por fim, considerando,

- O princípio da separação de poderes como, simultaneamente, o fundamento-origem do direito processual administrativo e o seu principal limite;
- A importância da SPC (i) para a efetivação da tutela jurisdicional do autor processual, (ii) para a garantia da eficiência no exercício do poder jurisdicional, e (iii), em geral, para a garantia de um *Estado de Direito* estruturado num monopólio de tutela jurídica e centralizada, e,

- Que a sua aplicação à pessoa física proporcionará um grau de eficiência significativamente superior comparativamente à aplicação à pessoa coletiva, Procurar-se-á uma solução jurídica, além do sentido inconstitucional da norma, com vista à conciliação entre, de um lado, a efetividade da tutela jurisdicional do autor processual e, de outro lado, a posição jurídica substantiva e processual do *titular do órgão*.

LUÍS MANUEL CHAVES BARROSO BATISTA refere que “A sanção pecuniária compulsória surge no novo contencioso administrativo como uma das inovações de maior relevo e significado”³. Sendo verdade, há igualmente a considerar que, nas palavras de YANIS VAROUFAKIS, “All instruments are as good as they are used” e que a doutrina e jurisprudência atual relativa ao funcionamento da SPC contribui tanto para a concretização de um *Estado de Direito* como para a concretização de um *Estado anti-Direito* em que se admite a coerção de uma pessoa jurídica para compelir outra independentemente de apresentar, ou não, uma interligação com a relação material controvertida e sem que lhe seja garantido um exercício cabal do direito ao contraditório.

No meu entender, a SPC, tal como se encontra prevista no artigo 169.º, n.º 1, do CPTA e tal como tem sido interpretada, representa, simultaneamente, o que não se deve fazer e o que se poderia ter feito. É minha pretensão que, com a minha dissertação, o futuro do instrumento não seja o mesmo que seria sem a dissertação. Espero que se possa afirmar, nas palavras de PAUL KRUGMAN, nóbél da economia em 2008, que, após a minha dissertação, “perhaps the future isn’t what it used to be”⁴.

³ *A Sanção pecuniária Compulsória no Contencioso Administrativo Autárquico*, p. 11.

⁴ Artigo publicado em 25 de janeiro de 2016, no jornal estadunidense *New York Times*, no qual é colunista.

SECÇÃO I
PERSPETIVA HISTÓRICA DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA
NO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I
O ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS

CAPÍTULO II
O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

CAPÍTULO I

O ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS⁵

α. Os antecedentes: A prevenção à inexecução e a incitação à execução

1 – Primeira modalidade: A *Commission du Rapport et des Études*

Não foi possível aferir, com absoluto rigor, a gênese de consciencialização de um problema de execução das decisões judiciais no contencioso administrativo. Presumir-se-á, no entanto, e com alguma segurança, que o problema terá surgido quase simultaneamente com a constituição desse contencioso, quando o tribunal se terá deparado com a inexistência de poderes jurídicos suscetíveis de permitir reagir contra o incumprimento da administração pública.

Na primeira década da V República Francesa tem-se a gênese legislativa. No *Décret n.º 63-766 du 30 juillet 1963*, relativo à organização e funcionamento do *Conseil D'Etat*, constava um capítulo (capítulo III do título III), composto por dois artigos (58.º e 59.º), sob a epígrafe *Execução das decisões do Conseil D'Etat na sua atuação em Contencioso*. Os dois preceitos, que viriam a representar a primeira “arma oferecida contra as carências da administração em executar o caso julgado” (BERNARD PACTEAU)⁶, apresentavam o seguinte regime:

- A primeira parte do primeiro parágrafo do artigo 58.º estipulava a possibilidade de, a pedido do Ministro interessado, o *Conseil D'Etat* (nos processos judiciais onde tivesse intervindo) poder esclarecer (*d'éclairer*) a administração sobre as formas possíveis (*modalités*) de execução das sentenças;
- A segunda parte do mesmo parágrafo previa a possibilidade de o Vice-Presidente do *Conseil D'Etat* e o Presidente da Secção de Contencioso convidarem (*invité*) o Presidente da *Commission du Rapport et des Études* (Comissão de Reporte e de Estudos) (doravante, CRE)⁷ para chamar a atenção da administração para que haja no sentido de uma decisão;

⁵ Todas as traduções da língua Francesa são da minha autoria e responsabilidade. Por decisão pessoal não se traduzem as designações dos diplomas nem a designação *Conseil D'Etat*.

⁶ *Contentieux Administratif*, p. 348.

⁷ Criada em 1963, a CRE era uma comissão com a competência primordial de preparar um relatório anual (a ser apresentado ao Governo) relativo à atividade administrativa e contenciosa do *Conseil D'Etat* (artigo 3.º do *Décret n.º 63-766 du 30 juillet 1963*). Desde 1985 designa-se *Section du Rapport et des Études* (*Décret n.º 85-90 du 24 janvier 1985*).

- O segundo parágrafo do artigo 58.^o previa que, verificando-se o pedido ou convite *supra* referidos, designar-se-ia ainda um dos membros do *Conseil D'Etat* para (a) representar o Presidente da CRE junto da administração e (b) fazer “menção do assunto no relatório anual do *Conseil D'Etat*” (letra da lei);
- Nos termos do artigo 59.^o, mantendo-se o incumprimento após um prazo de 6 meses (a contar da leitura da decisão judicial), os requerentes poderiam informar (*signaler*) a CRE das dificuldades que encontravam para obter a execução da decisão; nesta situação um *rapporteur* poderia ser designado com a função de, uma vez mais, fazer “menção do assunto no relatório anual do *Conseil D'Etat*”).

Este conjunto normativo, conhecido, entre a doutrina francesa, como *ystème d'aide à l'exécution*⁸, foi qualificado como “notável” (RENÉ CHAPUS⁹) e “muito eficaz” (GILLES LEBRETON¹⁰). Quanto à estrutura de atuação, e como se depreende da sua leitura, consistia unicamente num meio de “persuasão” (GILLES LEBRETON¹¹), ou, nas palavras de RENÉ CHAPUS (e que serviram de epígrafe a este ponto) “um sistema de prevenção à inexecução do caso julgado e, ao mesmo tempo, de incitação à execução”¹². GILLES LEBRETON refere ter obtido um “*viv succès*” (um grande sucesso), com cerca de mil reclamações por ano¹³. Na maioria dos casos, a intervenção da CRE terá permitido obter a execução das decisões judiciais¹⁴.

2 – A extensão do regime aos tribunais administrativos de 1.^a e 2.^a instância

Devido ao seu sucesso¹⁵, e “inicialmente instituída com vista a contribuir para assegurar a execução, unicamente, das decisões do *Conseil D'Etat*, o sistema foi aplicado para a execução das decisões dos tribunais administrativos” (RENÉ CHAPUS¹⁶). Esta extensão às instâncias inferiores da estrutura jurisdicional administrativa (6 anos decorridos sobre o regime original) foi concretizada pelo

⁸ RENÉ CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, p. 1047.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ GILLES LEBRETON, *Droit Administratif Général*, p. 570.

¹¹ *Ibidem*.

¹² RENÉ CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, p. 1047.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ GILLES LEBRETON, *Droit Administratif Général*, p. 571.

¹⁶ *Droit du Contentieux Administratif*, p. 1048.

*Décret n.º 69-88 du 28 janvier 1969*¹⁷ (diploma publicado no âmbito de uma reforma do direito do direito processual administrativo francês). Os artigos *23 bis* e *23 ter* aí previstos estabeleciam um sistema estruturalmente semelhante ao diploma de 1963 (as alterações do texto são de mera adaptação). Apenas o regime relativo ao convite do Presidente da CRE (segunda marca do ponto anterior) não consta do novo regime legal.

3 – Segunda modalidade – A publicação

Não obstante o reconhecimento do sucesso no sistema de persuasão, no ano de 1973 persistia a consciencialização de um problema de execução das sentenças e a determinação na sua superação. Uma *Instruction du 28 decembre 1973* estabeleceu a obrigatoriedade de publicação, no Jornal Oficial, das decisões do *Conceil D’Etat* que declaravam a invalidade de regulamentos que tinham sido, eles próprios, publicados no jornal oficial.

β. A génese: As consequências e sanções da inexecução do caso julgado

4 – A *astreinte* no *Conseil D’Etat*

“Nos casos de má vontade alheia a persuasão não foi suficiente para obter a execução das decisões da justiça. Forçoso foi então o recurso a mecanismos de constrangimento para quebrar (*pour brie*) a resistência da administração” (GILLES LEBRETON¹⁸). *Constrangimento* e *quebrar* (ao primeiro conceito recorrem igualmente RENÉ CHAPUS¹⁹ e BERNARD PACTEAU²⁰) apresentam-se como conceitos úteis para compreender o sistema que viria a ser implementado com a entrada em vigor dos artigos 2.º a 5.º da *Loi n.º 80-539, du 16 juillet 1980*²¹ sob a sugestiva epígrafe “relativa às sanções [*astreintes*] pronunciadas em matéria administrativa e à execução dos julgamentos contra as pessoas coletivas de direito público”. Num regime que BERNARD PACTEAU adjetivou de “audacioso”²², e além do regime de persuasão *supra* descrito, o artigo 2.º estipulava que, em caso de inexecução de

¹⁷Que procedeu à alteração do *Décret n.º 53-1169 du 28 novembre 1953* que estabelecia, entre outros elementos, algumas regras processuais relativas aos tribunais administrativos.

¹⁸ *Droit Administratif Général*, p. 571.

¹⁹ *Droit du Contentieux Administratif*, pp. 1052 e 1053.

²⁰ *Contentieux Administratif*, p. 349.

²¹ Disponível em *Anexo I*.

²² *Ibidem*.

uma decisão judicial, o *Conseil D'Etat* podia, oficiosamente, aplicar uma sanção (*astreinte*) contra as “pessoas coletivas de direito público” (letra da lei) com vista a assegurar a execução da decisão. Verifica-se, assim, uma evolução legislativa que, sem abandonar as medidas de prevenção à inexecução e de incitação à execução de sentenças, procura configurar uma nova dimensão das garantias do caso julgado definindo consequências jurídicas para a inexecução. Nos termos do seu artigo 8.º, o regime jurídico da *astreinte* seria fixado por decreto, o que ocorreu com o *Décret n.º 81-501 du 12 mai 1981*, que alterou o já referido *Décret n.º 63-766, du 30 juillet 1963*, acrescentando-lhe os artigos 59-1 a 59-5.

γ – A mutação posterior à criação

5 – A extensão do âmbito subjetivo de aplicação

Sete anos decorridos sobre o novo instrumento jurídico, é publicada no *Journal Officiel de la République Française* a *Loi n.º 87-588 du 30 juillet 1987*²³ que, entre outras, procede à alteração do diploma de 1980. A alteração apresenta significativo interesse para a dissertação por consistir na redefinição do âmbito subjetivo de aplicação da *astreinte*. No seus termos, o instrumento passa a ter por destinatário, não somente a pessoa coletiva de direito público, mas igualmente “os organismos de direito privado encarregados da gestão de um serviço público” (letra da lei).

Esta redefinição, ocorrida cerca de três anos antes do projeto de código do contencioso administrativo português elaborado pela Comissão designada para o efeito, mantém-se, como se verá, até ao presente (diferindo, substancialmente, da solução proposta pela Comissão e que, após alguns percalços, vigora atualmente no ordenamento jurídico português).

6 – A extensão da *astreinte* aos tribunais administrativos de 1.ª e 2.ª instância

Nos primeiros 15 anos de existência (1980 a 1995), a *astreinte* era um instrumento exclusivo dos poderes do *Conseil D'Etat* quando “agia em contencioso” (*statuant au contentieux*) (letra da lei).

²³ Excerto disponível em *Anexo II*.

Em 1995 esse paradigma é alterado com a publicação da *Loi n.º 95-125 du 8 février 1995*²⁴. Este diploma tem significativa relevância na evolução do contencioso administrativo francês, tendo procedido a três inovações (BERNARD PACTEAU²⁵): (i) uma desconcentração das competências de intervenção (em favor do caso julgado); (ii) uma intensificação dos poderes de garantia do caso julgado; e (iii) a diversificação dos momentos de intervenção do tribunal “*pour la sanction de la chose jugée*”. Não obstante a injunção (*injonction*) ser considerada o elemento de maior novidade e relevo neste diploma²⁶, apenas tratarei, por ser esse o objeto desta dissertação, das normas referentes à *astreinte*.

Embora conservando, na determinação do âmbito subjetivo da titularidade do poder, o artigo 2.º do diploma de 1980, este diploma de 1995 procede²⁷ a uma alteração ao *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (Partie législative)* (aprovado pelo *Décret n.º 73-682 du 13 juillet 1973*)²⁸. A alteração consistiu no aditamento de um capítulo epigrafado “A execução do Julgamento” e composto por três artigos. Nos seus termos, quando uma decisão judicial implique que a administração pública (incluindo pessoas coletivas de direito privado que exerçam funções administrativas) adote medida(s) de execução, o tribunal (i) descreve essa(s) medida(s), (ii) estipula, se for caso disso (*le cas échéant*), um prazo de execução e (iii) pode determinar uma *astreinte*.

São, neste regime, plenamente perceptíveis as três inovações descritas por BERNARD PACTEAU. Os tribunais de 1.ª e 2.ª instância “são agora investidos do poder

²⁴ Excerto disponível em *Anexo III*.

²⁵ *Idem*, p. 353.

²⁶ Quanto à evolução do conteúdo das sentenças no entendimento doutrinário e na legislação Portuguesa:

- VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares, Esboço sobre uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação*, Livraria Almedina Coimbra, 1997 (dissertação de mestrado de 1988, e, conseqüentemente, apenas englobando o recurso direto de anulação), pp. 211 a 257; no texto encontramos, nas pp. 215 a 218, referências a RENÉ CHAPUS e PROSPER WEIL (com obras, respetivamente, de 1982 e 1952) questionando o caráter útil e devido das injunções; e,
- CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A Tutela Executiva dos Particulares, no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2013; obra geral, com estudo feito da perspectiva da tutela executiva; pp. 25 a 150 quanto ao regime anterior à reforma de 2002/2004 e pp. 151 a 183 quanto ao regime adveniente da reforma.

²⁷ No seu artigo 62.º.

²⁸ A parte regulamentar do *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel* foi primeiramente aprovada pelo *Décret n.º 73-683 du 13 juillet 1973* e posteriormente pelo *Décret n.º 89-641 du 7 septembre 1989*.

de monitorar [*surveiller*] e, se necessário, eles próprios sancionar com vista à execução das suas decisões em vez do *Conseil D'Etat*"²⁹.

7 – O Code de Justice Administrative

O ano de 2000 representa o período de transição legislativa no direito processual administrativo francês. Todos os diplomas *supra* referidos são revogados, entrando em vigor o *Code de Justice Administrative* (doravante, CJA)³⁰. A *astreinte* passou a estar prevista nos artigos L911-3 a L911-8 e R931-3 a R931-9.

O âmbito subjetivo de aplicação do instrumento aí previsto é constituído, tal como o regime desde 1987, pelas pessoas coletivas de direito público e pelos organismos de direito privado encarregados da gestão de um serviço público. Em 16 anos em vigor os preceitos foram alterados apenas por duas vezes³¹, sendo que em nenhuma se procedeu a uma modificação do destinatário da *astreinte*.

8 – Conclusão

8 – Introdução

As garantias para cumprimento das decisões judiciais na jurisdição administrativa francesa apresentam um carácter essencialmente compulsório, não parecendo o direito administrativo francês ter ultrapassado as limitações do princípio da separação de poderes. A procura de soluções passou, sim, pela construção de meios que garantissem cada vez maiores graus de compulsão da administração pública ao cumprimento. A *astreinte* representou o expoente máximo da evolução legislativa nesta matéria. De tal modo que levou BERNARD PACTEAU a afirmar que “Injonction plus *astreinte*, le juge administratif est auourd’hui pleinement armé”³².

²⁹ BERNARD PACTEAU, *Contentieux Administratif*, p. 353.

³⁰ Assim:

- O *Décret n.º 63-766 du 30 juillet 1963* foi revogado pelo *Décret n.º 2000-389 du 4 mai 2000* (que aprovou a parte regulamentar do CJA);
- A *Loi n.º 80-539 du 16 juillet 1980* foi revogada pela *Ordonnance n.º 2000-387 du 4 mai 2000* (que aprovou a parte legislativa do CJA);
- A parte legislativa do CTACAA foi revogada pela *Ordonnance n.º 2000-387 de 4 mai 2000* (que aprovou a parte legislativa do CJA); e,
- A parte regulamentar do CTACAA foi revogada pelo *Décret n.º 2000-389 du 4 mai 2000* (que aprovou a parte regulamentar do CJA).

³¹ *Loi n.º 2000-1353 du 30 décembre 2000* e *Décret n.º 2012-1088 du 28 septembre 2012*.

³² BERNARD PACTEAU, *Contentieux Administratif*, p. 355.

9 – O destinatário da *astreinte* no ordenamento jurídico francês

Após o estudo feito e descrito é útil proceder a uma representação esquemática da evolução legislativa na determinação do destinatário da *astreinte*. O esquema permitirá rapidamente perceber que os diplomas do ordenamento jurídico francês que estabeleceram, no ramo processual administrativo, a *astreinte* como poder judicial (e que foram, como *infra* se demonstrará, os elementos-objeto do conhecimento doutrinal português do instrumento jurídico e da sua translação para o direito processual administrativo português) estruturaram, sempre e unicamente, o âmbito subjetivo de aplicação do instrumento ao réu (integrante da administração pública) condenado em ação declarativa. E não, portanto, ao *titular do órgão* constituinte desse réu. A esfera jurídica destes não era considerada para efeitos da aplicação do instrumento.

		Versão inicial	Alteração
Conseil D'Etat	Loi n.º 80-539 du 16 juillet 1980	Pessoas coletivas de direito público	<i>Loi n.º 87-588 du 30 juillet 1987</i> : Pessoas coletivas de direito público <u>ou</u> organismos de direito privado encarregados da gestão de um serviço público
	CJA	Pessoas coletivas de direito público <u>ou</u> organismos de direito privado encarregados da gestão de um serviço público	
Tribunaux Administratifs de 1.ª e de 2.ª instância	CTACAA³³ (versão de 1995)	Pessoas coletivas de direito público <u>ou</u> organismos de direito privado encarregados da gestão de um serviço público	
	CJA	Pessoas coletivas de direito público <u>ou</u> organismos de direito privado encarregados da gestão de um serviço público	

A única variação na delimitação do âmbito do instrumento ocorreu em 1987 e apenas abrangeu a natureza jurídica da pessoa coletiva. Enquanto nos primeiros 7 anos da sua existência no contencioso administrativo (1980 a 1987), o instrumento foi apenas aplicável às *personas coletivas de direito público*, após esse período verificou-se uma extensão do âmbito passando a incluir as *personas coletivas de natureza jurídico-privada que exercessem funções administrativas*.

³³ *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel*.

Conclui-se que a possibilidade de aplicação da *astreinte* ao *titular do órgão* nunca foi legislativamente consagrada, nem parece, sequer, ter sido doutrinariamente considerada. A análise histórica *supra* delineada permite aferir que a preocupação francesa foi, essencialmente, (a) de extensão de poderes jurisdicionais de garantia do caso julgado por via de criação de instrumentos jurídicos (*Section du Rapport et des Études*, publicação das decisões no jornal oficial, *injonction* e *astreinte*), e (b) de extensão desses poderes às várias instâncias da jurisdição administrativa. Os instrumentos, uma vez delineados, sofreram, até ao presente, pequenas variações (seja em quantidade ou relevância).

Como se exporá, será DIOGO FREITAS DO AMARAL (o elemento impulsionador da transposição da *astreinte* para o direito processual administrativo português [sob o conceito *sanção pecuniária compulsória*] e o elemento nuclear da construção dessa variante) quem descreverá como “inconveniente” a não aplicação, no ordenamento jurídico francês, da *astreinte* ao *titular do órgão*, e quem proporá, sem precedente, serem esses os destinatários. A sua proposta terá, apesar de alguns percalços, consagração legislativa. Esse seu entendimento advirá, como igualmente se exporá *infra*, do seu peculiar entendimento de indistinção entre *órgão* e *titular do órgão*.

CAPÍTULO II

O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

α. O processo de formação (intelectual) da norma

10 – Introdução

Como qualquer elemento de uma realidade racional, a génese da SPC é a *ideia*. Entre a semente da ideia e a sua formulação ocorre um hiato temporal de delineação. Essa delineação consiste na criação de uma estrutura, consciente ou inconsciente, em torno da semente. Tal evolução estrutural é feita pelo confronto da semente com as ideias pré-concebidas pelo elemento racional. A todo esse processo (incorporação da semente, delineação da ideia, ideia) eu denomino *processo de formação intelectual*.

No âmbito desta dissertação a *ideia* em estudo é o *titular do órgão enquanto destinatário da SPC* (artigo 169.º, n.º 1, do CPTA). Compreender esse âmbito subjetivo exige, em primeiro lugar, que se identifique a *semente* do instrumento jurídico e, de seguida, que se analise a *delineação da ideia* em seu torno. Para o conseguir procurei elaborar uma pesquisa, tão exaustiva quanto possível, dos textos que contivessem referências ao instrumento em análise.

Com vista a facilitar a leitura, adiantar-se-á, como conclusão principal, que a *semente* da SPC é, como se procurou transparecer, a *astreinte*. Quanto à *ideia pré-concebida* que irá afetar a semente e criar uma variante do instrumento francês, tem-se a indistinção entre *órgão* e *titular do órgão*.

11 – A pesquisa

A primeira referência à “sanção pecuniária compulsória” *per se* encontra-se num projeto de um código de direito processual administrativo. Esse projeto começou a ser elaborado (por solicitação do então ministro da justiça, MÁRIO RAPOSO) em 1987 por uma comissão constituída para o efeito e composta por JOÃO CAUPERS, JOÃO RAPOSO, MARTINS CLARO, VASCO PEREIRA DA SILVA e DIOGO FREITAS DO AMARAL, tendo este presidido³⁴. O texto possuiu três versões, tendo a última sido entregue ao Ministro da Justiça em dezembro de 1990³⁵. Nos termos do artigo 238.^o³⁶ da última versão, quando se verificasse a ocorrência de uma inexecução ilícita, o tribunal poderia, a requerimento do interessado, impor, aos titulares dos órgãos competentes para a execução, uma medida compulsória que seria imediatamente notificada aos seus destinatários e começaria a ser contabilizada no dia seguinte ao da notificação³⁷. A medida compulsória consistiria na responsabilização pessoal dos seus destinatários à razão de 25% a 100% do salário mínimo nacional mais elevado em vigor no momento, por cada dia de atraso na realização integral da execução devida³⁸. Na decisão que aplicasse a medida compulsória, o tribunal fixaria o seu montante diário e especificaria os nomes dos respetivos destinatários³⁹.

³⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Projeto de Código de Contencioso Administrativo*, p. 9.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ De um total de 261 artigos – cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Idem*, p. 9.

³⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tutela Declarativa e Executiva no Contencioso Administrativo Português*, p. 73; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Idem*, pp. 25 e 26.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

Doutrinalmente, começamos por encontrar na dissertação de mestrado de VASCO PEREIRA DA SILVA, datada de 1988, uma sucinta referência à *astreinte* como uma das formas de “reagir contra o incumprimento das sentenças administrativas”⁴⁰.

A segunda referência expressamente à SPC data de um texto (já referido em nota de rodapé) de DIOGO FREITAS DO AMARAL intitulado *Projeto de Código de Contencioso Administrativo*⁴¹, do ano de 1992. O texto é uma exposição escrita da intervenção oral do autor em 1991 e tem por objeto o anteprojeto referido no parágrafo anterior. O professor menciona a existência, no âmbito do processo executivo do projeto, de três inovações, consistindo a terceira na melhoria do processo executivo nos casos de execução para entrega de coisa certa ou para prestação de facto⁴². Neste âmbito, refere que todas as consequências jurídicas do não cumprimento “não são ainda suficientes, e que, em muitos casos, as sentenças ficam por cumprir”⁴³. Propõe, assim, no projeto, que “passe a figurar na ordem jurídica portuguesa mais uma [sanção], que é a das *medidas compulsórias*, a que em França se chama *astreintes*, para obrigar os órgãos competentes a proceder à execução da sentença”⁴⁴. Na sua opinião, “se os órgãos da administração forem pessoalmente responsabilizados a pagar tantos contos por dia enquanto não cumprirem uma sentença de um tribunal, eu estou convencido de que não haverá nenhum (por mais abastado que seja) que não se submeta ao dever de executar a sentença”⁴⁵.

Após a entrega do projeto foram elaborados anteprojetos por uma comissão composta por conselheiros e desembargadores do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Central Administrativo⁴⁶⁻⁴⁷. Dos seis anteprojetos

⁴⁰ Para um *Contencioso Administrativo dos Particulares*, pp. 255 e 256.

⁴¹ *In Scientia Iuridica*, Tomo XLI (1992), n.º 235/237, pp 7 a 26.

⁴² *Idem*, p. 24.

⁴³ *Idem*, p. 25.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Idem*, p. 26.

⁴⁶ JOÃO TIAGO V. A. DA SILVEIRA, *A Reforma do Contencioso Administrativo*, p. 442.

⁴⁷ Pela Lei n.º 49/96, de 4 de Setembro, a Assembleia da República autorizou o Governo a criar o Tribunal Central Administrativo (doravante, TCA), o que foi concretizado por via do Decreto-Lei n.º 229/96, de 29 de Novembro. Pelo Decreto-Lei n.º 114/97, de 12 de Maio, foi alterado o Decreto-Lei n.º 374/84, de 29 de Novembro (Diploma complementar do ETAF.1984), por forma a possibilitar a entrada em funcionamento do TCA. Pela Portaria n.º 398/97, de 18 de Junho, foi instalado, a partir de 15 de Setembro de 1997, o TCA.

existentes, o instrumento da SPC apenas constou nas primeira e última versões, tendo sido excluído do texto da segunda à quinta versões, inclusive⁴⁸.

Na segunda edição da publicação da dissertação de doutoramento de DIOGO FREITAS DO AMARAL (intitulada *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos* e defendida em 1967), publicada em 1997, constam referências ao instrumento da SPC (embora sempre recorrendo à designação francesa *astreinte*)⁴⁹. O autor inicia com uma exposição do instrumento *astreinte* (embora fazendo apenas referência à *Loi n.º 80-539, du 16 juillet 1980* e sem mencionar a reestruturação do instrumento pela *Loi n.º 95-125 du 8 février 1995*). De seguida procede a uma exposição da sua importância como “instrumento decisivo ao alcance do poder judicial para, sem beliscar o princípio da separação de poderes, exercer a coação necessária ao cumprimento do dever de executar”⁵⁰, que “poderá representar um passo muito positivo no aperfeiçoamento do sistema Português de garantias contra as inexecuções ilícitas das sentenças dos tribunais administrativos”⁵¹. Considera, no entanto, existirem “dois principais inconvenientes que identificámos no direito Francês. Em primeiro lugar, a medida compulsória deve ser imposta ao titular dos órgãos competentes para a execução, implicando a sua responsabilidade pessoal”⁵². Isto porque, no seu entendimento, “na realidade, a persistência na ilegalidade se deve à vontade dos indivíduos concretos que atuam em nome e por conta daquela entidade [pessoa coletiva sobre o qual recai o dever de execução] sem que o seu próprio património possa ser perturbado”⁵³. A seu ver “se a imposição da medida não for dirigida contra o património do responsável direto pelo incumprimento, permanece o risco de a situação de inexecução se manter, com a agravante de agora se manter a expensas do erário público”⁵⁴.

Ao último reduto na pretensão de a SPC voltar a integrar o texto do anteprojeto junta-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA que realça, em intervenção oral data de abril de

⁴⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Intervenção do Professor Diogo Freitas do Amaral, in Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, p. 60.

⁴⁹ *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, pp. 289, 290, 294, 295 e 303 a 305.

⁵⁰ *Idem*, p. 295.

⁵¹ *Idem*, p. 303.

⁵² *Idem*, p. 304.

⁵³ *Idem*, p. 295.

⁵⁴ *Ibidem*.

1999⁵⁵, a necessidade em “procurar estruturar a tutela executiva em termos coerentes”⁵⁶. Na sua proposta para tal estrutura relata o seguinte: “na medida em que a obrigação seja *efetivamente infungível*, a mais promissora das evoluções passaria pela consagração do poder de o tribunal impor *astreintes, medidas de execução indireta*, do tipo da *sanção pecuniária compulsória* que o código civil prevê no seu artigo 829.º-A, destinada a coagir o obrigado ao cumprimento”⁵⁷.

Após o conhecimento público da quinta versão do anteprojeto, DIOGO FREITAS DO AMARAL refere, em intervenção oral em 2 de fevereiro de 2000⁵⁸⁻⁵⁹: “creio que [...] se deixou cair uma medida que me parecia fundamental, e que eu sugeria fosse retomada, que é a possibilidade de os tribunais administrativos imporem medidas compulsórias, relativamente aos órgãos da administração recalcitrantes no cumprimento das decisões dos tribunais administrativos. Essa medida, que tem tido muito êxito em França e noutros Países Europeus, entrava na primeira versão, no primeiro anteprojeto. Entretanto caiu, não sei porquê, mas penso que é uma ideia que merecia ser retomada⁶⁰”.

⁵⁵ Intervenção proferida no *Seminário de Justiça Administrativa*, na cidade Guimarães, em 16 e 17 de Abril de 1999, e posteriormente publicada sob o título *Tutela Declarativa e Executiva no Contencioso Administrativo Português*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, pp. 67 a 73.

⁵⁶ *Idem*, p. 72.

⁵⁷ *Idem*, pp. 72 e 73.

⁵⁸ Posteriormente publicada sob o título *Intervenção do Professor Diogo Freitas do Amaral*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, pp. 57 a 60.

⁵⁹ Entre 2 de fevereiro de 2000 e 16 de novembro de 2000 ocorreu o que JOÃO TIAGO V. A. DA SILVEIRA designou *2.ª fase do processo da reforma administrativa 2002/2004*: a discussão pública. Esta fase consistiu num debate público da reforma assente num vasto conjunto de colóquios promovidos conjuntamente pelo Ministério da Justiça e pelas Faculdades de Direito. Foram promovidos os seguintes colóquios (apresentados por ordem cronológica):

- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2 de fevereiro de 2000);
- Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (16 de março de 2000);
- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (10 e 11 de abril de 2000);
- Escola de Direito da Universidade do Minho (8 de maio de 2000);
- Faculdade de Direito da Universidade do Porto (6 e 7 de junho de 2000);
- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (5 e 6 de julho de 2000);
- Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto) (17 de julho de 2000);
- Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa) (18 de julho de 2000);
- Reitoria da Universidade de Lisboa (apresentação do *Estudo de Organização e Funcionamento dos Tribunais Administrativos*).

[Cfr. JOÃO TIAGO V. A. DA SILVEIRA, *A Reforma do Contencioso Administrativo*, p. 442, e MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, pp. 11 a 17].

No entanto, é de não esquecer o *II Seminário de Justiça Administrativa*, da iniciativa do Conselho de redação do *Cadernos de Justiça Administrativa*, que ocorreu em 16 e 17 de abril de 1999 em Guimarães, e cujas intervenções se encontram publicadas no *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, julho/agosto, 1999.

⁶⁰ *Reforma do Contencioso Administrativo*, p. 60. No mesmo sentido quanto à inexplicabilidade (e por *inexplicabilidade* entenda-se quererem os autores referir *desconhecimento*) do abandono da previsão da SPC, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tutela Declarativa e Executiva no Contencioso Administrativo Português*, p. 73.

No mesmo colóquio e dia, profere intervenção JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE⁶¹ na qual menciona ser de lamentar “a não previsão [...] de sanções compulsórias (*astreintes*) em caso de inexecução ilegítima”⁶².

VASCO PEREIRA DA SILVA exteriorizou opinião em artigo publicado no mesmo ano escrevendo⁶³: “Mas considero igualmente serem aspetos negativos: [...] a falta de *audácia inovatória* das soluções encontradas sem a exploração de vias alternativas como a da introdução das sanções pecuniárias (à semelhança das *astreintes* do direito Francês [...])”⁶⁴.

Em intervenção de 10 ou 11 de abril de 2000, SÉRVULO CORREIA⁶⁵ faz uma breve referência às alterações de 1995 no regime jurídico das *astreintes* no ordenamento jurídico Francês⁶⁶. No entanto, na proposta à alteração do anteprojeto descrita nos parágrafos seguintes do seu texto⁶⁷, não inclui a sanção pecuniária compulsória.

Em nova intervenção oral, datada de 16 de março de 2000, DIOGO FREITAS DO AMARAL⁶⁸, volta a fazer referência ao instrumento jurídico: “[...] acho que fazem aqui grande falta as *medidas compulsórias*. Eu creio que, de todas as medidas que na lei pode haver para levar a administração pública a cumprir uma sentença que foi proferida contra ela, a mais eficaz é, sem dúvida, a medida compulsória. Isto é, o tribunal condena o órgão competente a uma espécie de multa, de tantos contos por dia, enquanto não cumprir a decisão. E aquilo vai-se acumulando e, a certa altura, não há quem resista. Mesmo um milionário não resistirá a uma bola de neve em que a medida compulsória se transforma com o simples decurso do tempo”⁶⁹.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, em nova intervenção oral, datada de 7 de Junho de 2000, refere o seguinte⁷⁰ (embora referindo que a *astreinte* tenha sido introduzida no ordenamento jurídico francês pela *Loi n.º 95-125 du 8 février 1995* e não pela *Loi*

⁶¹ Posteriormente publicada sob o título *Intervenção do Professor Vieira de Andrade*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, pp. 67 a 73.

⁶² *Idem*, p. 73.

⁶³ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Vem aí a Reforma do Contencioso Administrativo (!?)*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, pp. 75 a 95.

⁶⁴ *Idem*, p. 94.

⁶⁵ Posteriormente publicado: sob o título *Recurso Contencioso*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, pp. 183 a 192; sob o título *O Recurso Contencioso no Projeto da Reforma: Tópicos Esparsos*, in CJA, n.º 20, março/Abril, 2000, pp. 12 a 17.

⁶⁶ In *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, p. 185.

⁶⁷ *Idem*, p. 186.

⁶⁸ Posteriormente publicada sobre o título *Considerações Gerais Sobre a Reforma do Contencioso Administrativo*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, pp. 105 a 116.

⁶⁹ *Idem*, p. 115.

⁷⁰ Posteriormente publicada sobre o título *Pronúncias Judiciais e a sua Execução na Reforma do Contencioso Administrativo*, in CJA, n.º 22, julho/agosto, 2000, pp. 71 a 82.

n.º 80-539, du 16 Juillet 1980): “Mas não se pode deixar de lamentar que o anteprojecto [...] nem introduza no contencioso administrativo Português uma solução, hoje generalizada no direito comparado, e que é a imposição de sanções pecuniárias compulsórias”⁷¹. “A meu ver impõem-se, porém, a sua consagração, pelo menos em sede executiva, nos moldes em que ela tinha sido proposta no projecto [...] elaborado, em 1990, por uma comissão”⁷²⁻⁷³.

Por fim, encontramos, em poucas linhas, meras frases de apoio à consagração legal do instrumento em MARIA DA GLÓRIA GARCIA⁷⁴ e BARBOSA DE MELO⁷⁵.

β. Os antecedentes jurídicos

12 – O regime anterior

Existem, no ordenamento jurídico-administrativo português, três antecedentes jurídicos à SPC, sendo que o primeiro – (I) –, datado de 1985, dará origem, na década de 90 do mesmo século, aos restantes dois – (II) – (que a desenvolverão, complexarão e, acima de tudo, representarão a fase do processo evolutivo imediatamente anterior ao instrumento atualmente em vigor).

(I) Em 1985 é aprovada, pelo Decreto-lei n.º 267/85, de 16 de Julho, a Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA). No seu capítulo destinado aos *Meios Processuais Acessórios* o diploma estabelece uma tramitação processual sob a epígrafe *Intimação para um Comportamento*⁷⁶. Providência cautelar por natureza jurídica, e apenas aplicável aos *particulares ou concessionários*⁷⁷, o diploma estabelecia, já na sua versão original, que *o não cumprimento da intimação sujeita, pessoalmente, ao pagamento da quantia entre 1000 e 100 000, por cada dia de atraso e por cada responsável, a fixar pelo juiz na decisão de intimação ou em despacho posterior, sem prejuízo da responsabilidade que possa caber* – artigo 88.º, n.º 3, da LPTA. Refere RICARDO LEITE PINTO que, “neste [caso] particular, a LPTA foi

⁷¹ *Idem*, pp. 71 e 72.

⁷² *Idem*, p. 80.

⁷³Veja-se ainda, com conteúdo semelhante, um segundo texto relativo à mesma intervenção denominado *A Execução das Sentenças no Anteprojecto de Reforma do Processo nos Tribunais Administrativos*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I, 2000, p. 415 e 416.

⁷⁴*As Medidas Cautelares entre a Correcta Prosssecução do Interesse Público e a Efectividade dos Direitos dos Particulares*, pp. 351 e 352.

⁷⁵ *Parâmetros Constitucionais da Justiça Administrativa*, pp. 310 e 311.

⁷⁶ Artigos 86.º a 91.º.

⁷⁷ Artigo 86.º, n.º 1, da LPTA.

mais longe do que outros meios processuais do contencioso administrativo, provavelmente porque esta medida cautelar tem como destinatários particulares e concessionários, e não a administração”⁷⁸. Embora o instrumento não tivesse a *administração pública orgânica* como destinatário, o problema do destinatário da sanção poderia já neste diploma ter surgido, dado que, nos termos da lei, o não cumprimento da intimação sujeitava, *pessoalmente*, ao pagamento da sanção, conceito cuja densificação poderia ter causado dificuldades quando o intimado fosse uma pessoa coletiva.

(II) Nos anos de 1994 e 1995 o legislador estabeleceu, em dois regimes especiais, que representam os antecedentes diretos da SPC, a aplicabilidade à “administração” da medida compulsória referida em (I). Estão em causa, respetivamente, as alterações aos diplomas relativos ao *Regime do Licenciamento de Obras Particulares*⁷⁹ e *Regime de Operações de Loteamento ou de Obras de Urbanização*⁸⁰, que, nos respetivos artigos 62.º, n.º 4, e 68.º, n.º 4⁸¹, remetem para o artigo 88.º, n.º 3, da LPTA. Com a remissão, “o não cumprimento da intimação [pela administração] sujeita, pessoalmente, ao pagamento de quantia entre [...]” letra da lei.

(Enquadramento conclusivo) Seja em (I) – quando o concessionário fosse uma pessoa coletiva – ou em (II) – quando a *administração pública* fosse intimada –, pode-se questionar: como determinar o conceito *pessoalmente*?

Tanto doutrinal como jurisprudencialmente, a questão não parece ter sido elaborada⁸², provavelmente por DIOGO FREITAS DO AMARAL constituir, ao tempo, o expoente em estudo de direito administrativo e o seu manual (com a sua doutrina de indistinção entre *órgão* e *titular do órgão*) ser a obra de referência – entendimento que poderia ser extrapolado para a situação descrita em (I).

Ao que acresce que os diplomas descritos em (II), que aplicam uma medida compulsória à *administração pública*, surgiram no âmbito do processo de reforma

⁷⁸ *Intimação para um Comportamento*, p. 29.

⁷⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de novembro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de outubro.

⁸⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de novembro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro, e da Lei n.º 26/96, de 1 de agosto.

⁸¹ Com as alterações da Lei n.º 26/96, de 1 de agosto, o regime passa a estar previsto no artigo 68.º-A.

⁸² Veja-se, designadamente: JOSÉ MANUEL DA S. SANTOS BOTELHO, (Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo), *Contencioso Administrativo, Anotado – Comentado – Jurisprudência*, p. 706; RICARDO LEITE PINTO, *Intimação para um Comportamento*, p. 29; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo, Volume IV*, 1988, p. 333.

administrativa ocorrido entre 1987 e 2002. Ergueram-se, assim, após já ter sido expressamente manifestada a proposta de aplicação, num direito processual administrativo a constituir, de uma SPC aplicada ao *titular do órgão* pelo incumprimento da intimação por parte da *administração pública*. Não podem, portanto, deixar de ser entendidas como representando a primeira manifestação legislativa da proposta projetada, e, por tal, como sofrendo a mesma dificuldade jurídica que pretendo tratar na presente dissertação.

No entanto, e relativamente a (I), no acórdão do TCA Sul, de 28/04/2003⁸³, o mecanismo compulsório foi aplicado a uma pessoa coletiva. Já relativamente a (II), no acórdão do STA, de 25/06/2003⁸⁴, a sanção compulsória é aplicada “pessoalmente” ao *Presidente* de uma Câmara Municipal; sucede que o *Presidente* é réu na ação judicial, não sendo, assim, perceptível se o instrumento foi, ou não, aplicado ao *Presidente* na qualidade de *titular de órgão*. É perceptível não existir, já nestas primeiras manifestações legislativas, um entendimento claro no funcionamento do instrumento.

γ. Análise e Conclusão

13 – Análise e conclusão geral

(I) Em primeiro lugar, foi com interesse e curiosidade que percecionei a aparente timidez que o instrumento da SPC terá causado. Por não terem (ou não deverem ter) lugar num estudo que se pretende puramente objetivo e de carácter científico, não elaborarei considerações subjetivas de especulação das razões da existência do que parece ter sido um tabu, essencialmente na elaboração dos anteprojetos.

Relativamente à doutrina, cabe expor as seguintes conclusões. As referências e transcrições expostas consubstanciam a totalidade das pronúncias doutrinárias sobre o instrumento desde 1987, impressionando o pequeníssimo número de alusões. Mas tal verifica-se, não só na quantidade, como na extensão e profundidade de análise. As transcrições *supra* efetuadas (que podem tornar o texto fatigante) têm precisamente a finalidade de realçar (i) que aquelas pequenas linhas são tudo o que existe relativamente ao estudo do instrumento (pelo menos os estudos publicados) na doutrina portuguesa e (ii) que foram elaborados

⁸³ Acórdão do TCAS, de 28/04/2003, processo n.º 12266/03.

⁸⁴ Acórdão do STA, de 25/06/2003, processo n.º 01009/03.

essencialmente por e para intervenções orais. E a sua análise permite concluir que, de 1987 a 2002 (período do processo de formação do CPTA), a única preocupação doutrinária consistia na consagração legal da vertente portuguesa na *astreinte* (situação que foi potencializada pela eliminação da referência do instrumento nos segundo a quinto anteprojetos). Na grande maioria dos textos doutrinários não existe qualquer estudo ao conteúdo da variante portuguesa do instrumento (designadamente o problema jurídico da delimitação do seu destinatário). Em toda a doutrina portuguesa, as únicas referências ao destinatário da SPC são de DIOGO FREITAS DO AMARAL e de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA.

(II) Em segundo lugar, a pesquisa *supra* descrita permitiu isolar o elemento humano *hospedeiro da semente* da ideia e no qual decorreu o processo de formação do instrumento da SPC: o professor DIOGO FREITAS DO AMARAL. Esta conclusão advém (i) de o professor integrar a comissão de 1987 (ii) dos seus textos constituírem as primeiras referências à SPC, (iii) dos seus textos serem os primeiros com uma descrição de direito comparado quanto a esta modalidade de garantia de cumprimento de decisões judiciais, e (iv) das suas pronúncias sobre o tema serem de maior quantidade, seja em número, seja em extensão.

(III) E mesma pesquisa permitiu ainda, no seguimento do parágrafo anterior, isolar a *semente* da ideia do instrumento da SPC no direito processual administrativo português: a *astreinte* do ordenamento jurídico francês, do qual a SPC é uma variante. Tal conclusão advém de a *astreinte* ser o único instrumento de direito comparado referido por DIOGO FREITAS DO AMARAL e de ser o único instrumento que se pode dizer ter sido objeto de consideração (ainda que com análise de grau reduzido) pela doutrina portuguesa (*id est* DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA).

(IV) Por fim, uma pequena nota quanto às experiências legislativas de 1994 e 1995. Estas enfermam já dos mesmos obstáculos jurídicos que pretendo examinar na presente dissertação, embora a experiência pareça não ter sido suficiente para a consciencialização da necessidade de um reenquadramento jurídico (substantivo e processual) do instrumento.

14 – Em específico, o destinatário da sanção pecuniária compulsória

DIOGO FREITAS DO AMARAL foi o responsável, não só pela inserção, no ordenamento jurídico português, de um novo instrumento de garantia de cumprimento das decisões judiciais, mas também pela delimitação do destinatário desse instrumento (ou seja, do elemento que se pretende ver coagido). Mas enquanto aquela inserção é o resultado de um processo intelectual que tem início num estudo de direito comparado, a delimitação do âmbito subjetivo (o *titular do órgão*) é totalmente inovatória, sendo produto do seu pensamento e, portanto, tendo decorrido na fase *delineação da ideia* (fase do processo de formação posterior à aquisição da semente).

Porque determinou o professor ser o *titular do órgão*, e não a *administração pública*, o destinatário da SPC? Um estudo como o presente exige, de facto, um exame das considerações de DIOGO FREITAS DO AMARAL que terão influenciado o seu processo de formação do instrumento, causando uma mutação da *astreinte* e dando origem à SPC enquanto sua variante com essa especificidade. Uma apresentação esquemática de todas as referências doutrinárias ao tema é, a meu ver, útil para iniciar a análise.

Nome do Autor (ano da referência ⁸⁵)	Transcrição da referência
Diogo Freitas do Amaral (1992)	“[...] se os órgãos da administração forem pessoalmente responsabilizados [...]”; “[...] estou convencido de que não haverá nenhum (por mais abastado que seja) que não se submeta ao dever de executar a sentença [...]”
Diogo Freitas do Amaral (1997)	“[...] a medida compulsória deve ser imposta ao titular dos órgãos competentes para a execução, implicando a sua responsabilidade pessoal.”; “[...] na realidade, a persistência na ilegalidade se deve à vontade dos indivíduos concretos [...]”; “[...] “se a imposição da medida não for dirigida contra o património do responsável direto pelo incumprimento, permanece o risco [...]”
Mário Aroso de Almeida (1999)	“[...] destinadas a coagir o obrigado ao cumprimento.”
Diogo Freitas do Amaral (2000)	“[...] impõem sanções pecuniária compulsórias relativamente aos órgãos da administração recalcitrantes no cumprimento [...]”
Diogo Freitas do Amaral (2000)	“[...] o Tribunal condena o órgão competente a uma espécie de multa [...]”; “Mesmo um milionário não resistirá [...]”

⁸⁵ Nos casos de intervenções orais, considera-se como ponto cronológico a data dessa intervenção, e não a da posterior publicação escrita.

Nos seus textos, constata-se que DIOGO FREITAS DO AMARAL recorre, aleatoriamente, a uma pluralidade de conceitos sem os distinguir e considerando-os sinónimos ou equivalentes: *responsabilidade pessoal dos órgãos da administração* e *responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos*; imposição da SPC ao *órgão* e imposição da SPC ao *titular do órgão*; incumprimento imputável ao *órgão* e incumprimento imputável ao *titular do órgão*. O seu entendimento é compreensível caso se atenda a uma particularidade na sua doutrina relativamente aos conceitos *órgão* e *titular do órgão* (já discernível antes da constituição da comissão que presidiu em 1987 e que se mantém até ao presente): os órgãos “devem ser concebidos [...] como *indivíduos* para efeitos de teoria da *atividade administrativa*”⁸⁶. No seguimento dessa indistinção, a aplicação da SPC ao *titular do órgão* não suscita dificuldades jurídicas, sejam substantivas ou processuais. *Ergo*, é inteligível que o professor nunca se tenha deparado, até ao presente, com tais problemas e, conseqüentemente, nunca se tenha sobre eles pronunciado.

No entanto, basta um entendimento (já sustentado por MARCELLO CAETANO⁸⁷) de distinção jurídica entre *órgão* e *titular do órgão*, para o regime de aplicação da SPC ao *titular do órgão*, quando foi ré a *administração pública*, apresentar dificuldades jurídicas quase inultrapassáveis: Como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* se não é parte na relação material controvertida?; Como pode uma esfera jurídica (*titular do órgão*) ser sancionada pelo incumprimento imputável a outra esfera jurídica (*administração pública*)?; Como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* (“condenação”, nos termos de alguma doutrina e jurisprudência) se este não é parte processual nem intervém, em qualquer qualidade, na ação judicial?; Como pode o *titular do órgão* exercer um eventual direito ao contraditório se não é parte processual nem tem legitimidade processual?

As questões nunca foram, doutrinal ou jurisprudencialmente, consideradas, apesar de distinguirem (ou assim o parecer aspecto que será também tratado *infra*) *órgão* de *titular do órgão*. Como se verá, e após a publicação do CPTA, a jurisprudência foi a primeira a sentir dificuldades (práticas) na aplicação do instrumento, essencialmente por o *titular do órgão* nunca ter participado, sob qualquer qualidade, na ação judicial. A

⁸⁶ *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*, 1988 (sendo uma reimpressão de 1986), p. 595; *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*, 2012, p. 763.

⁸⁷ *Manual de Direito Administrativo, Volume I*, pp. 204 e 205.

doutrina (inclusive MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e sem a participação de DIOGO FREITAS DO AMARAL) acompanhará a jurisprudência na construção de soluções práticas, o que fará em número reduzido de linhas e, mais importante, sem enquadramento jurídico-teórico. O resultado será uma proposta de regime juridicamente incoerente e insustentável (tanto substantiva como processualmente).

Pelo exposto, e como *infra* desenvolverei, entenderei a doutrina de DIOGO FREITAS DO AMARAL como coerente, embora por mim não apoiada, e as restantes doutrinas nacionais como incoerentes. A presente dissertação pretende, assim, (i) apresentar uma doutrina divergente de DIOGO FREITAS DO AMARAL, e, por consequência, estruturar um novo entendimento jurídico (substantivo e processual) da SPC na perspetiva da posição jurídica do *titular do órgão* e (ii) consciencializar a doutrina (com exceção do professor) e a jurisprudência da incoerência jurídica atualmente vigente no entendimento e aplicação do instrumento.

SECÇÃO II
ANÁLISE DOUTRINAL E JURISPRUDENCIAL

CAPÍTULO I
A DOUTRINA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO OFICIAL DA NORMA

CAPÍTULO II
A JURISPRUDÊNCIA

CAPÍTULO III
ANÁLISE E CONCLUSÃO

CAPÍTULO IV
A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

15 – Introdução: As quatro questões nucleares

O fundamento da presente dissertação deve-se à minha discordância ao entendimento jurídico da SPC que, doutrinal, jurisprudencial e legislativamente, parece assente. Para facilitação na exposição procurei organizar e agrupar as críticas, aplicáveis a todo o entendimento atual, em questões a que denominei *quatro questões nucleares*:

- Substantivamente, como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* se não é parte na relação material controvertida?
- Ainda substantivamente, como pode uma esfera jurídica (titular do órgão) ser sancionada pelo incumprimento imputável a outra esfera jurídica (administração pública)?
- Processualmente, como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* (“condenação”, nos termos de alguma doutrina e jurisprudência) se este não é parte processual nem intervém, em qualquer qualidade, na ação judicial (exceto, possivelmente, como representante da *administração pública*)?
- Ainda processualmente, como pode o *titular do órgão* exercer um eventual direito ao contraditório se não é parte processual nem tem legitimidade processual?

O meu objetivo será, *prima facie* (e na presente secção) demonstrar que tais questões nunca foram formuladas nem, conseqüentemente, respondidas.

O segundo objetivo (desenvolvido na secção seguinte, sob a epígrafe *Proposta Adotada*) passará pela sua enunciação e resposta.

CAPÍTULO I

A DOCTRINA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO OFICIAL DA NORMA

16 – Introdução

Como nota introdutória referir-se-á que a SPC é um instrumento jurídico que, após a entrada em vigor do CPTA, caiu no esquecimento doutrinal. A conclusão advém, quer pelo baixo número de referências, quer por, quando existam, visarem, simultaneamente, uma descrição sucinta e transversal, não obstante parecerem ser acompanhadas por um entendimento da sua suficiência.

(I) Embora antes da reforma administrativa 2002/2004 fossem já diminutas as referências doutrinárias ao instrumento, é perceptível a perda de interesse após a sua existência ter sido assegurada. Como exemplo paradigmático tem-se o livro de DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (os defensores acérrimos da consagração jurídica da SPC), intitulado *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, no qual apenas consta uma frase referente ao instrumento: “introdução do poder de impor sanções pecuniárias compulsórias aos titulares dos órgãos administrativos obrigados a cumprir as determinações judiciais”⁸⁸.

(II) A este refreamento junta-se o ténue e lento aparecimento de interesse em outros autores. Quanto ao seu conteúdo, demonstrar-se-á que simbolizam a cristalização na análise e entendimento jurídico-substantivo da SPC: (a) protelar-se-á no tempo a admissibilidade de sanção do *titular do órgão* por incumprimento imputável à *administração pública*, (b) ainda que a doutrina atual, diferentemente da doutrina que originou o instrumento, *pareça* distinguir *órgão* de *titular do órgão*.

A protelação de (a) com a inovação de (b) criará dificuldades e incoerências jurídico-substantivas que estructurei nas duas primeiras das *quatro questões nucleares*:

- Como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* se não é parte na relação material controvertida?
- Como pode uma esfera jurídica (*titular do órgão*) ser sancionada pelo incumprimento imputável a outra esfera jurídica (*administração pública*)?

As respostas a estas interrogações, e, na verdade, a própria enunciação parecem nunca ter sido formuladas ou sequer consideradas.

No entanto, as dificuldades jurisprudenciais na aplicação do instrumento eram patentes. No que constituirá a segunda grande diferença entre a doutrina *pré* e *pós* CPTA, esta procurou tomar uma posição na solução. Fê-lo, não formulando aquelas questões, nem procurando a sua resposta, mas sim proporcionando o nascimento de uma (pequena) análise doutrinal de cariz jurídico-processual. Sucede que este regime processual proposto, além de significativamente subdesenvolvido, entrará em confronto, seja com a doutrina de distinção de esferas jurídicas, seja com a

⁸⁸ P. 118.

perspetiva sistemática do direito processual vigente. Conforme escrevi nas duas últimas das *quatro questões nucleares*:

- Como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* (“condenação”, nos termos de alguma doutrina e jurisprudência) se este não é parte processual nem intervém, em qualquer qualidade, na ação judicial?
- Como pode o *titular do órgão* exercer um eventual direito ao contraditório se não é parte processual nem tem legitimidade processual?

O contributo doutrinal, tendo procurado ser a solução, foi, ao invés, mais um elemento de protelação e amplificação da incoerência jurídico-substantiva vigente. As dificuldades e incoerências com que a jurisprudência se deparou na aplicação do instrumento, e que a doutrina procurou responder, poderiam ter sido o catalisador da necessidade de redefinição do enquadramento jurídico-substantivo da SPC. Não o foram. Ao invés, criou-se um enquadramento legal em que (i) o *titular do órgão* não participa (em qualquer qualidade) na ação judicial, (ii) a produção de efeitos da decisão judicial sobre a sua esfera (comumente designada “condenação”) é alcançada com a mera notificação da decisão, (iii) tal condenação é feita antes, sequer, do incumprimento se verificar (posteriormente, apenas ocorrerá, nos termos da lei, a *liquidação* e, com o novo regime, a apresentação de “causas de justificação ou de desculpação da conduta”, o que não deve ser confundido, embora o seja, com o exercício do *direito ao contraditório*) e (iv) exige-se a culpa para a *condenação*, embora a sua determinação ocorra em posteriormente à decisão judicial que estabelece tal *condenação*.

(III) Restam apenas as questões: Porque se chegou a este ponto? Porque existe um tal regime legal (substantivo e processual) incoerente? Porque não foram aquelas questões elaboradas? Procurei, desde o início do estudo, obter uma resposta. Será apresentada na conclusão da presente secção.

Proceder-se-á, nos pontos seguintes, ao desenvolvimento do exposto apresentando e analisando os textos com maior densificação do tema. As *quatro questões nucleares* constituem o núcleo da minha crítica e aplicar-se-ão a toda a doutrina descrita. Além dessas questões apresentar-se-ão, ao longo da exposição, e quando tal se justifique, dificuldades ou incoerências específicas a cada entendimento doutrinal.

17 – A prolação temporal do entendimento jurídico-substantivo; O início de desenvolvimento de um regime processual

Nos parágrafos seguintes procurar-se-á, em primeiro lugar, demonstrar a prolação temporal (até ao momento de elaboração desta dissertação) no enquadramento substantivo entre o *titular do órgão* e a *relação material controvertida* objeto da ação judicial. Demonstrar-se-á, no entanto, que, além do entendimento de DIOGO FREITAS DO AMARAL de indistinção jurídica entre *órgão* e *titular do órgão*, que se manterá *pós* CPTA – (I) –, a doutrina atual manifesta, embora em graus distintos, a distinção dos conceitos. Procedi a um subagrupamento, distinguindo:

- (II) Os autores que consideram suficiente a consagração de efeitos jurídicos à realidade natural (os conceitos são juridicamente distintos, mas o *titular do órgão* é, na realidade natural, o elemento físico do órgão e, portanto, o dever jurídico da *administração pública* no cumprimento da decisão judicial é um dever jurídico que recai também sobre si); esta doutrina *aparenta* semelhança ao entendimento de DIOGO FREITAS DO AMARAL pelo que requer uma nota introdutória: procedo à sua distinção porque estes autores, não obstante admitirem que o dever jurídico de cumprimento da decisão judicial na qual foi ré a *administração pública* recaia também sobre o *titular do órgão*, procedem (i) à referência expressa de a SPC recair sobre o *titular do órgão* e não sobre a *administração pública* e (ii) à construção de um regime processual para aplicação dessa sanção; ora, nem (i) nem (ii) se manifestariam no seguimento estrito da doutrina de DIOGO FREITAS DO AMARAL, dado que expressam a distinção das esferas jurídicas;
- (III) Os autores que apresentam uma posição equívoca apresentando, no conteúdo do mesmo texto, ambos os entendimentos em simultâneo (distinção e não distinção dos conceitos) e, por tal, criando, nas suas doutrinas, incoerências mais acentuadas que as que serão apresentadas relativamente a (II).

Apresentar-se-á, em segundo lugar, que, paralelamente à prolação do entendimento doutrinário pré-CPTA (embora agora acompanhado da distinção dos conceitos), inicia-se (por consequência da dificuldade jurisprudencial na aplicação processual do instrumento – como se exporá *infra*) um périplo de construção de um regime processual da aplicação da SPC ao *titular do órgão* (ainda que subdesenvolvido, insuficiente, desfragmentado e, por vezes, incoerente).

A exposição doutrinária que se seguirá será estruturada em parágrafos consoantes se enquadrem nos elementos (I), (II) ou (III) *supra* descritos.

(I) Convicto do seu raciocínio, DIOGO FREITAS DO AMARAL mantém atualmente a sua doutrina de indistinção entre *órgão* e *titular do órgão*⁸⁹. Em consonância com tal entendimento, não concretizou, até ao presente, e por se demonstrar desnecessário, qualquer desenvolvimento de um regime processual relativo à aplicação da SPC ao *titular do órgão*.

(II) MIGUEL ÂNGELO OLIVEIRA CRESPO parece não ter dificuldades em adotar a hipótese (II) ao referir que “a adoção de atos administrativos ou de operações materiais não depende de entidades coletivas abstratas mas sim de pessoas físicas que compõem os seus órgãos [...]. Razão pela qual se justifica plenamente que a [SPC] recaia pessoalmente sobre os titulares”⁹⁰. É, portanto, saliente a distinção de conceitos, embora se admita a condenação do *titular do órgão*. Processualmente, o autor entende que a aplicação da SPC a essa esfera jurídica (i) não requer a determinação da sua culpa “tendo nem consideração o dever de colaboração com os órgãos jurisdicionais”⁹¹ (uma posição doutrinariamente isolada), (ii) devendo, no entanto, ser precedida do exercício do direito ao contraditório⁹².

LUÍS MANUEL CHAVES BARROSO BATISTA, após proceder a uma extensa distinção entre *órgão* e *titular do órgão*⁹³, considera que a SPC “incide sobre os titulares dos órgãos [...] incumbidos de executar a sentença”⁹⁴. O autor vai chegar a defender, em plena desconsideração pelas *quatro questões nucleares*, que, relativamente aos destinatário da SPC, “seria preferível a utilização de um critério cuja base de incidência subjetiva passiva fosse mais ampla” abrangendo, além do *titular do órgão*, “os trabalhadores que exerçam funções públicas”⁹⁵.

Em 2005, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA publicam o seu comentário ao CPTA no qual consideram a aplicação da SPC ao *titular do órgão* e não à *administração pública* “como a primeira nota a assinalar”⁹⁶. É, assim, nítida

⁸⁹ *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*, 2012, pp. 759 a 763.

⁹⁰ *As Sanções Pecuniárias Compulsórias no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, pp. 63 e 64.

⁹¹ *Idem*, p. 82.

⁹² *Idem*, pp. 86 a 96.

⁹³ *A Sanção Pecuniária Compulsória no Contencioso Administrativo Autárquico*, pp. 167 a 174.

⁹⁴ *Idem*, p. 165.

⁹⁵ *Idem*, p. 174.

⁹⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 839.

a distinção jurídica de conceitos. Na anotação ao artigo 3.º escrevem que “no momento em que o tribunal condena a administração, ainda não houve incumprimento de uma decisão judicial. Em tal contexto, a imposição de uma [SPC] apenas pode ter, pois, lugar [...] a título preventivo, no propósito de evitar a constituição de uma situação de eventual incumprimento no futuro. Ora, tal imposição só deve ocorrer [...] quando o tribunal disponha de razões objetivas – *fundadas na conduta processual e extraprocessual* desenvolvida até ao momento – que o levem a admitir como possível ou mesmo provável *que os titulares dos órgãos competentes para cumprir a sentença venham a opor resistência* ao respetivo cumprimento”⁹⁷ (itálico meu). Já no âmbito da intimação (nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do CPTA) os autores consideram que “o poder de aplicar [a SPC] só opera quando haja um primeiro incumprimento da intimação”⁹⁸, entendimento que parecem igualmente seguir aquando da aplicação do instrumento por incumprimento da obrigação de envio do processo administrativo (artigo 84.º, n.º 4, do CPTA)⁹⁹. Os dois entendimentos, não só são incoerentes entre si (no primeiro caso é suficiente o *eventual incumprimento* enquanto no segundo se exige *incumprimento efetivo*), como são ambos impraticáveis:

- Relativamente à anotação ao artigo 3.º: (i) Como se pode sustentar a aplicação da SPC a um incumprimento que ainda não ocorreu e que não se sabe se vai ocorrer?; (ii) como pode o tribunal fundamentar a imposição da SPC “na conduta processual” se o *titular do órgão* não é parte processual?; ou entenderão os autores que a aplicação da SPC ao *titular do órgão* dependerá da conduta processual e extraprocessual da *administração pública*?; e (iii) Como se poderá falar em “razões objetivas” para determinação e condenação de um incumprimento que ainda não ocorreu?; além de tal ser físico-temporalmente impossível, não constituirá um poder exorbitante do tribunal admitir que o pode fazer?¹⁰⁰;
- Relativamente à intimação, como se operaria a determinação, para efeitos da aplicação da SPC, de um incumprimento da decisão judicial se, com tal decisão, já ocorreu a extinção da instância?; Tal teria de ocorrer no âmbito de um

⁹⁷ *Idem*, p. 33.

⁹⁸ *Idem*, p. 535.

⁹⁹ *Idem*, p. 423.

¹⁰⁰ Fica a nota de ISABEL CELESTE M. FONSECA parecer considerar o próprio instrumento SPC como um poder verdadeiramente exorbitante – *In Processo Temporalmente Justo e Urgência*, p. 928.

processo de execução, mas mesmo este entendimento causa dificuldades, designadamente que o processo de execução ocorreria contra o *titular do órgão* que não foi parte da ação declarativa, com todas as dificuldades jurídicas daí advinentes, designadamente a falta de legitimidade processual.

Esta doutrina (e a jurisprudência que se lhe seguirá) parece seguir o entendimento de tal dever ocorrer aquando da *liquidação*. Sucede que a *liquidação* consubstancia apenas uma dimensão do processo de execução. Requer, portanto, uma prévia decisão judicial condenatória, e, conseqüentemente, uma prévia pronúncia do tribunal quanto aos elementos constituintes da previsão normativa.

(III) Em 2004, com reimpressão em 2006, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA publicam o seu comentário ao CPTA no qual referem “que os tribunais, por um lado, podem fixar um prazo para o cumprimento dos *deveres que imponham à administração* e, por outro lado, quando necessário, decretar medidas (sanções) pecuniárias compulsórias do *devedor*, a efetivar em caso de incumprimento *desses deveres*”¹⁰¹ (itálico meu). É patente, nesta frase, que os autores começam por referir os deveres da *administração pública* e, de seguida, imputarem esses deveres ao *titular do órgão*, estruturando-o como o “devedor”. Não procedem, assim, os autores, à distinção das esferas jurídicas – (I). No entanto, algumas linhas adiante, salienta-se o facto de a SPC recair sobre o titular do órgão, “não recaindo, portanto, sobre o património do <<devedor>>, mas sobre o património do indivíduo que <<representa>> o devedor ou lhe administra os bens e interesses”¹⁰². Nesta frase os autores já procedem à distinção dos conceitos, pelo que se enquadrariam em (II). Sucede que, de seguida, numa absoluta indistinção de conceitos, referem que “a figura da sanção pecuniária compulsória tem como destinatário *a administração, ou seja, os titulares* ou membros do órgão administrativo faltoso”¹⁰³ (itálico meu) – (I). Nesta exposição doutrinária não é possível discernir o entendimento *de facto* doutrinal. A confusão no texto deve-se (a) ao recurso indiscriminado e descuidado a conceitos (principalmente *devedor*), usando-os por referência, simultaneamente, à *administração pública* e ao *titular do órgão* e (b) à inconstância na distinção ou não distinção entre *órgão* e *titular do*

¹⁰¹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I*, p. 127.

¹⁰² *Idem*, p. 128.

¹⁰³ *Idem*, p. 129.

órgão. Impõe-se, portanto, o seu enquadramento num subagrupamento autónomo: o (III). É, no entanto, curioso verificar que, não obstante a falta de clareza na posição adotada, estes autores procedem à definição de elementos jurídico-processuais relativos ao *titular do órgão*, designadamente que o “tribunal não está dispensado [...] de ouvir as pessoas que são suas destinatárias”¹⁰⁴, o que agrava a dificuldade de entendimento da sua doutrina: se não distinguem *órgão* de *titular do órgão* porque proceder a um desenvolvimento processual especificamente para este?; mas, se distinguem as esferas jurídicas, como compreender expressões como a SPC ter “como destinatário a administração, ou seja, os titulares”?. Por fim, duas notas finais relativas a estes autores:

- Determinam a *culpa* como elemento determinante para aplicação da SPC, mas, impressionantemente, consideram a culpa da *administração pública* (e não do *titular do órgão*)¹⁰⁵; questiona-se: (i) Poder-se-á aplicar a SPC ao *titular do órgão* sem se proceder a uma imputação subjetiva especificamente a si?; (ii) Se a sanção recai sobre este, qual o fundamento da aferição da culpa da *administração pública*?; os autores parecem, na aferição da culpa, não distinguir as esferas jurídicas;
- Admitem a possibilidade de aplicação da SPC antes do incumprimento¹⁰⁶; pergunta-se: (i) Como proceder, então, à determinação da culpa se o incumprimento ainda não ocorreu?; (ii) Como podem a *administração pública* (segundo o seu entendimento) ou o *titular do órgão* apresentar a sua defesa se nem o incumprimento nem o seu fundamento se concretizaram?; Como se poderia, inclusive, apresentar uma eventual causa de justificação ou de desculpa? (quanto a esta última questão, relembra-se que a doutrina dos autores é anterior à revisão do CPTA de 2015 que admite a apresentação de causas de justificação ou de desculpa aquando da liquidação).

Quanto a JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, começa o autor por referir, no seu manual, a aplicação da SPC “quando a *administração pública não tenha cumprido espontaneamente a sentença condenatória*”¹⁰⁷ (itálico meu). Adiante, escreve,

¹⁰⁴ *Idem*, pp. 299 e 300.

¹⁰⁵ *Idem*, pp. 299 e 300 no âmbito da anotação ao artigo 3.º e p. 496 relativamente à anotação ao artigo 84.º.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 381. Com maior nitidez leia-se a p. 382, na qual se refere que “a lei determina, em geral, que a sanção pode ser aplicada quando haja incumprimento de deveres que o juiz imponha à administração”.

referindo-se aos titulares dos órgãos, “identificação *individual* dos responsáveis pelo cumprimento das sentenças”¹⁰⁸ (itálico meu). Parece, até ao momento, seguir a doutrina de indistinção de esferas jurídicas – (I). Em certa fase do seu texto já refere, no entanto, como especificidade do instrumento “não recair sobre o Estado ou os entes públicos, mas sobre os *titulares dos órgãos* incumbido da decisão”¹⁰⁹. Ao que acresce que o autor se pronuncia sobre a culpa específica do *titular do órgão*¹¹⁰ e a “audiência prévia *ou* possibilidade de oposição”¹¹¹ (itálico meu) também específica do *titular do órgão*, concluindo pela necessidade de ambas – (II). A ambiguidade no entendimento do autor (*distinção/não distinção* das esferas jurídicas e variação no responsável pelo cumprimento da decisão judicial) não permite uma compreensão do entendimento doutrinal, pelo que decidi proceder ao seu enquadramento na hipótese (III). São-lhe extensíveis as críticas referidas quanto à doutrina de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA.

18 – A recusa (inconsciente) de consciencialização

Não obstante as críticas já feitas nos pontos anteriores, existe outra, já referenciada na introdução da presente secção, que, pelo seu interesse, decidi autonomizar com o presente ponto.

Enquanto na doutrina pré-CPTA não se manifestava um desígnio de pronúncia sobre o regime legal da SPC (verificando-se, sim, uma exclusiva preocupação na defesa da consagração legal do instrumento), na doutrina pós-CPTA surge, como já se referiu, uma interessante variação de conteúdo nos textos, passando a ser constituída pela análise do instrumento: alguns aspetos de índole processual (ainda que esparsos e considerados isoladamente) e um certo elemento jurídico-substantivo (a culpa).

A pronúncia sobre estes elementos poderia ter sido o catalisador da insuficiência jurídico-substantiva e jurídico-processual do instrumento. No entanto, muito curiosa e inexplicavelmente, não o foi. As *quatro questões nucleares* não foram formuladas. Quando pareciam surgir dificuldades na aplicação do instrumento ou incoerências nas doutrinas adotadas, o problema era, simplesmente, contornado por desvalorização ou desconsideração. Como exemplo, tem-se MIGUEL ÂNGELO

¹⁰⁸ *Idem*, p. 384.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Idem*, pp. 384 e 385.

¹¹¹ *Idem*, p. 385.

OLIVEIRA CRESPO, defendendo o exercício do direito ao contraditório do *titular do órgão*¹¹² mas evitando, no entanto, a dificuldade da respectiva tramitação processual, ao referir que o problema “não colhe”¹¹³ e que “o juiz detém os poderes necessários para adequar a tramitação processual”¹¹⁴, e apenas mencionando que a defesa “deve ocorrer em momento prévio à decisão de aplicação da sanção”¹¹⁵.

Mas as *quatro questões nucleares* são essenciais. Se tivessem sido enunciadas, a doutrina deparar-se-ia com o que eu me deparei: o sistema jurídico da SPC, tal como é atualmente entendido e considerando a unidade do ordenamento, é juridicamente impossível, essencialmente por a cristalização no entendimento jurídico-substantivo do instrumento se deparar, na prática, com dificuldades jurídico-processuais inultrapassáveis na doutrina que defende a distinção das esferas jurídicas. No entanto, como tais questões não foram formuladas ou respondidas, as considerações doutrinárias, esparsas e abstratas, criaram nos autores a aparência de sucesso e plenitude na doutrina proposta.

Assim, as dificuldades e incoerências com que a doutrina se deparou surgem como espectros de potenciais catalisadores de consciencialização da insuficiência do enquadramento jurídico atual da SPC, sendo que, no entanto, não chegaram a atingir esse propósito.

CAPÍTULO II A JURISPRUDÊNCIA

19 – Introdução

Similarmente à doutrina pós-CPTA, a jurisprudência demonstrou desvalorização ou desconsideração na compreensão da posição jurídico-substantiva do *titular do órgão* na aplicação da SPC. E ainda similarmente a essa doutrina, ao invés de procurar compreender as dificuldades com que se deparava (que são de âmbito jurídico-substantivo), visou encobri-las por recurso à construção de um regime processual.

A diferença relativamente à doutrina consiste no estabelecimento de um regime processual mais extenso, densificado e coeso. Uma das construções

¹¹² *Idem*, pp. 90 e 91.

¹¹³ *Idem*, p. 93.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Idem*, p. 94.

jurisprudenciais constituirá, aliás, elemento nuclear da minha proposta (ainda que com significativas alterações). Não obstante este aspeto, o regime proposto continua, a meu ver, a ser insuficiente e desajustado ao ordenamento jurídico atual. Tal como na doutrina, continuam sem resposta (e, mais relevante, sem enunciação) as *quatro questões nucleares*.

Similarmente à doutrina, a jurisprudência apresenta, portanto, três pontos problemáticos: insuficiência jurídico-substantiva; incoerência jurídico-teórica (dimensões substantiva e processual envolventes da SPC não são coadunáveis (i) entre si (ii) nem com a unidade do ordenamento jurídico português); e insuficiência na densificação do próprio regime processual.

Tal como na doutrina, as *quatro questões nucleares* constituem o núcleo da minha crítica e aplicar-se-ão a toda a jurisprudência descrita. Além dessas questões apresentar-se-ão, ao longo da exposição, e quando tal se considere útil, dificuldades ou incoerências específicas a cada entendimento jurisprudencial.

20 – A consonância com a doutrina pós-CPTA no entendimento jurídico-substantivo e o conseqüente contributo jurisprudencial para a sua cristalização

O Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN), em acórdão de 26/09/2013¹¹⁶, refere que a SPC “pressupõe o incumprimento culposo da obrigação de executar uma decisão dos tribunais administrativos. *Incumprimento imputável a uma pessoa concreta e individual e não à pessoa coletiva [...]*” (itálico meu).

Em acórdão de 26/09/2013¹¹⁷, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) refere que a SPC constitui “apenas uma forma de proteção do credor contra o devedor [...] É, assim e por definição, um meio indireto de constrangimento decretado pelo juiz, destinado a *induzir o devedor a cumprir a obrigação a que se encontra adstrito [...]* A sanção acessória é uma condenação acessória da condenação principal do devedor.” (itálico meu).

O Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), em acórdão de 29/01/2015¹¹⁸, conclui que o *titular do órgão* é “a pessoa física concreta que exerce a competência administrativa” o que parece ser suficiente para o seu entendimento de

¹¹⁶ Acórdão do TCAN, de 26/09/2013, processo n.º 00034/07.4BEVIS-A.

¹¹⁷ Acórdão do STA, de 26/09/2013, processo n.º 01052/12.

¹¹⁸ Acórdão do TCAS, de 29/01/2015, processo n.º 11622/14.

admissibilidade de o sancionar por incumprimento de decisão judicial em que foi ré unicamente a *administração pública*.

A construção jurisprudencial do enquadramento jurídico-substantivo da SPC em nada difere da confusão doutrinal pós-CPTA que *supra* enquadrei em (II) e (III). Com efeito, embora nestes acórdãos se densifique, como se verá, um regime processual específico do *titular do órgão* e a exigência de culpa específica do *titular do órgão*, parece, nos parágrafos aqui citados, não existir qualquer distinção entre as esferas jurídicas (casos dos dois primeiros acórdãos) ou, existindo (caso do último acórdão), ignorar-se *ab initio* as *quatro questões nucleares*.

21 - O titular do órgão e a (ausência de) qualidade de parte processual

Um dos aspetos que, na elaboração da presente dissertação, me suscitou maior perplexidade consistiu na complacência com que o tribunal determinava a efetiva “condenação” do *titular do órgão*¹¹⁹. A jurisprudência admite essa “condenação” sem que o *titular do órgão* intervenha, de alguma forma, no processo judicial (neste sentido, todas as decisões citadas na dissertação): do impulso processual à decisão judicial, não foi estabelecida qualquer intervenção.

No acórdão do TCAN, de 19/05/2005¹²⁰, é referido serem os *titulares dos órgãos* administrativos “condenados pessoalmente, por sentença, no cumprimento de determinados comandos (ativos e/ou omissivos) sob pena de sancionamento pecuniário compulsório [...]”, admitindo “poderem reagir contra a mesma através dos meios ou instrumentos processuais legalmente previstos em matéria de impugnação, mormente, *recorrendo daquela decisão judicial*” (itálico meu).

No acórdão do TCAS, de 24/06/2010¹²¹, consta que o *titular do órgão* “não é parte no processo no sentido usual do termo. Partes são apenas o autor e a entidade demandada”. No entanto, tem o tribunal o peculiar entendimento de, tendo o legislador determinado a aplicação da SPC sobre o *titular do órgão*, “colocou este último numa posição semelhante à da parte [demandada]”, sendo, por tal, “equiparado a parte”. É de realçar que, deste entendimento de *equiparação*, a primeira ilação do tribunal não é a intervenção processual do *titular do órgão* no

¹¹⁹ Acórdão do TCAN, de 19/05/2005, processo n.º 00865/04.7BEBRG; Acórdão do TCAN, de 26/09/2013, processo n.º 00034/07.4BEVIS-A; Acórdão do STA, de 26/09/2013, processo n.º 01052/12.

¹²⁰ Acórdão do TCAN, de 19/05/2005, processo n.º 00865/04.7BEBRG.

¹²¹ Acórdão do TCAC, de 24/06/2010, processo n.º 059020/10.

processo declarativo, mas sim, curiosamente, a necessidade da sua notificação da decisão judicial. Este não intervém na tramitação processual, nem é feita qualquer referência a tal necessidade ou ao exercício de direito ao contraditório.

Em parecer de 03/07/2008, o magistrado junto do TCAS chegou a defender, em ação executiva, a revogação da sentença, “substituindo-a por outra que antes condene, nos mesmos termos, o Presidente da [...]”¹²² à aplicação da SPC. Essa pessoa jurídica não parece sequer ter sido condenada ou intervindo no processo. A SPC parece, aqui, ter-se estruturado num instrumento de aplicação déspota e arbitrária em que qualquer esfera jurídica pode ser afetada, e em qualquer momento, sem que exista necessidade de alguma tutela ou intervenção processual. Este é um bom exemplo de um mesmo instrumento poder representar o expoente máximo da *tutela jurisdicional efetiva* ou a diluição completa de um *Estado de Direito*, tudo dependendo do modo como é usado.

22 – A necessidade de notificação

Um entendimento que adquiriu persistência na jurisprudência (e a que recorrerei *infra*, na proposta, embora com relevantíssimas alterações), foi a necessidade de notificação da decisão judicial ao *titular do órgão* (apesar de não ter assumido a qualidade de parte processual) quando se determine pela aplicação da SPC¹²³. Este entendimento (não referenciado doutrinalmente) vai assumir a qualidade de suporte nuclear da aplicabilidade jurisprudencial do instrumento, constituindo o meio encontrado para a extensão dos efeitos da sentença que, salienta-se, tem por ré a *administração pública*. Cita-se, a título exemplificativo, o acórdão do TCAN, de 19/05/2005, nos termos do qual a “condenação” dos *titulares dos órgãos* “lhes confere o *direito* a exigirem que tal decisão judicial lhes seja pessoalmente notificada [...]. Por outro lado, e como *correspetivo desse direito existe o dever* por parte dos tribunais de procederem à *notificação pessoal aos sujeitos* (titulares dos órgãos administrativos) *sobre os quais incidiu também a decisão condenatória*, *dever esse que omitido gera nulidade*”¹²⁴ (itálico meu).

É interessante e importante a aferição da *necessidade* desta construção jurisprudencial. Tal parece advir (a) de uma interpretação e aplicação literal e

¹²² Parecer no TCAS, de 03/07/2008, processo n.º 01882/06.

¹²³ Vejam-se, exemplificativamente, os seguintes acórdãos: do TCAS, de 24/06/2010, processo n.º 059020/10; do TCAN, de 26/09/2013, processo n.º 00034/07.4BEVIS-A.

¹²⁴ Acórdão do TCAN de 19/05/2005, processo n.º 00865/04.7BEBRG.

simplicista da letra constante do artigo 169.º, n.º 1, do CPTA (“A imposição de sanção pecuniária compulsória consiste na condenação dos titulares dos órgãos incumbidos da execução”), e (b) da tentativa de superação do problema exclusivamente por via processual, em detrimento de uma solução em direito substantivo.

23 – A imputação subjetiva

O carácter subjetivo da imputação da norma tem sido considerado pela jurisprudência, embora se verifiquem três polos de concretização, heterogeneidade demonstrativa da falta de consenso e de compreensão da SPC.

(I) No primeiro polo integram-se os acórdãos que, no âmbito de ações declarativas, exigem incumprimento culposo especificamente do *titular do órgão*¹²⁵.

(II) No segundo polo inclui a jurisprudência na qual, embora igualmente no âmbito de ações declarativas, se parece já determinar pela aferição da culpa da *administração pública*, não obstante a SPC ir recair sobre o *titular do órgão*. Cita-se, neste âmbito, o acórdão do TCAS, de 31/01/2008¹²⁶⁻¹²⁷, no qual a aplicação da SPC “depende de um juízo de valor sobre o eventual incumprimento da decisão, juízo esse de ponderação assente em factos concretos que permitam concluir se o eventual incumprimento é ou não desculpável, o que se alcançará através de um juízo de censura à *conduta processual e extraprocessual desenvolvida pela parte não cumpridora*, juízo esse sempre fundado em razões objetivas, isto é, comprovadas nos autos”. As referências à “parte não cumpridora” e à “conduta processual” originam a conclusão do entendimento do tribunal na aferição da culpa da *administração pública*.

(III) Por fim, constitui o último polo o entendimento jurisprudencial criado em torno do artigo 108.º do CPTA (relativo à ação judicial de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões), em que se exige o incumprimento efetivo da decisão judicial para aplicação da SPC Exemplificativamente, o acórdão do TCAS, de 29.10.2015¹²⁸, ao referir que a SPC aí

¹²⁵ Acórdãos: do TCAN, de 26/09/2013, processo n.º 00034/07.4BEVIS-A; do STA, de 26/09/2013, processo n.º 01052/12.

¹²⁶ Acórdão do TCAS, de 31/01/2008, processo n.º 03362/07.

¹²⁷ No mesmo sentido, os seguintes acórdãos: do TCAN, de 07/03/2013, processo n.º 00081/11.1BEPNF-A; do TCAS, de 03/10/2013, processo n.º 06608/13.

¹²⁸ Acórdão do TCAS, de 29/10/2015, processo n.º 12451/15.

prevista “apenas pode ser aplicada quando se possa concluir que o *requerido não cumpriu, por causa que lhe é imputável*, a sentença que o intimou” (itálico meu). No seu entender, “a questão da eventual aplicação da [SPC] [...] deverá ser efetuada em momento posterior [à decisão judicial]”.

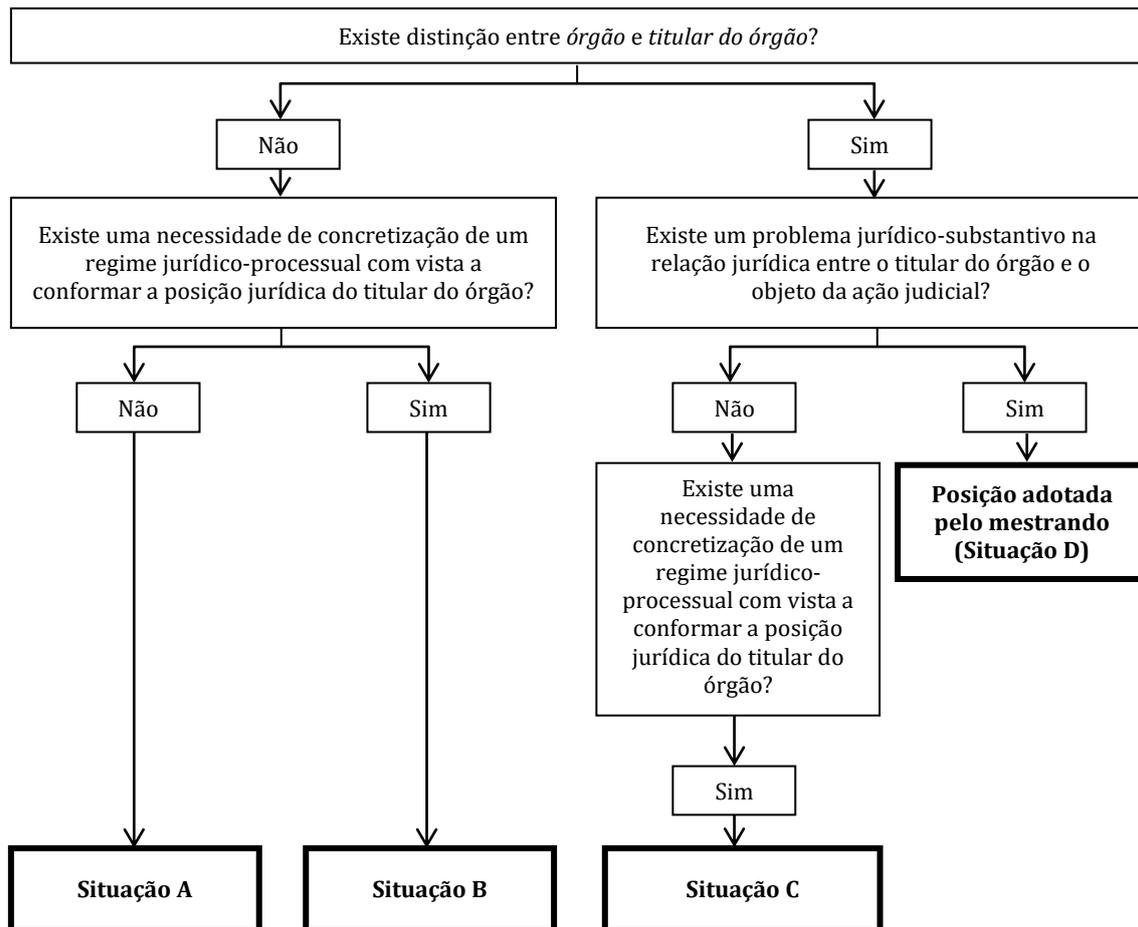
24 – A recusa (inconsciente) de consciencialização

Evidencia-se igualmente na jurisprudência uma *recusa (inconsciente) de consciencialização* na insuficiência do enquadramento jurídico-substantivo. As dificuldades na sua aplicação ao *titular do órgão* deveriam ter sido catalisadoras da consciencialização daquela insuficiência. Não o foram. *As quatro questões nucleares* não foram, sequer, enunciadas. Tal como na doutrina, as dificuldades foram remendadas (e, a meu ver, erroneamente) por recurso a uma construção jurídico-processual, criando a ilusão de superação. Aquelas dificuldades representam, assim, os espectros de potenciais catalisadores de consciencialização, que nunca chegou a ocorrer, da insuficiência do enquadramento jurídico atual da SPC.

CAPÍTULO III
ANÁLISE E CONCLUSÃO

25 - Análise

A evolução doutrinal e jurisprudencial pode ser esquematizada como se segue:



Seguir-se-á, nos pontos seguintes, a uma análise individual de cada situação e da posição adotada.

26 - Situação A - A doutrina de indistinção entre os conceitos *órgão* e *titular do órgão*

A situação A é representada pela doutrina de DIOGO FREITAS DO AMARAL que não distingue *órgão* de *titular do órgão* nem, em qualquer dos seus textos analisados, reconhece qualquer dificuldade substantiva ou processual no regime atualmente existente e que tem por base o seu esboço do instrumento. O seu entendimento parece ser o seguinte: *condenar o órgão* consiste em *condenar o titular do órgão*;

constituir o órgão como parte processual consiste em *constituir o titular do órgão como parte processual*; o *exercício do direito ao contraditório pelo órgão* traduz-se no *exercício do direito ao contraditório pelo titular do órgão*. No seu entendimento, o *titular do órgão* é, substantiva e processualmente, o *órgão*.

Ao contrário das situações *B* e *C* (conforme descrito nos pontos seguintes), não existe, de facto, incoerência entre a sua indistinção de conceitos e o regime substantivo e processual por si defendido. A dificuldade da sua doutrina (e consequente rejeição da minha parte) encontra-se na sua premissa nuclear: a indistinção entre *órgão* e *titular do órgão*. Uma vez superada essa indistinção, o regime jurídico que sustentaria deixa de ter fundamento (provavelmente, até para o próprio professor).

A determinação da relação entre *órgão* e *titular do órgão* tem sido estabelecida por duas grandes conceções¹²⁹: (I) a sustentada por MARCELLO CAETANO, SÉRVULO CORREIA e LUÍS MANUEL CHAVES BARROSO BATISTA¹³⁰, que consideram os órgãos como *instituições* e não como indivíduos; e (II) a defendida por DIOGO FREITAS DO AMARAL, “que considera que os órgãos são os *indivíduos*, e não as instituições”¹³¹ (itálico do autor).

(I) No entendimento de MARCELLO CAETANO, e com a sua proverbial clareza, “o órgão [da pessoa coletiva] é servido por vontades humanas, mas não se confunde com os indivíduos que são seus titulares. A doutrina designa por *titular* ou *suporte do órgão* o indivíduo que desempenha funções num órgão da pessoa coletiva”¹³². O professor continua a sua descrição referindo que “os indivíduos que servem de suporte dos órgãos mudam sem que a permanência e a identidade do órgão sofra com isso. [...]. Assim, se o órgão se funde na pessoa coletiva como elemento essencial na sua constituição, já o mesmo não acontece com as pessoas singulares que são suportes dos órgãos. O indivíduo procede juridicamente em nome do órgão da pessoa coletiva. [...] Mas conserva a sua personalidade em tudo o resto”¹³³.

¹²⁹ *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*, 2012, p. 759.

¹³⁰ *A Sanção Pecuniária Compulsória no Contencioso Administrativo Autárquico*, pp. 169 a 174.

¹³¹ *Idem*, p. 174.

¹³² MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, p. 204.

¹³³ *Idem*, p. 205.

No mesmo sentido SÉRVULO CORREIA ao concluir que “a intervenção da pessoa física suporte do órgão não produz em relação a ela quaisquer efeitos de direito”¹³⁴ e que “o órgão não pode ser confundido com o *suporte do órgão* (Organträger). Este último é, se se trata de um órgão singular, o indivíduo que nele desempenha funções, se de um órgão colegial, uma pluralidade de indivíduos que funcionam conjuntamente com obediência a requisitos legais específicos”¹³⁵ (itálico do autor).

(II) Em opinião já defendida antes da formulação do projeto de 1990¹³⁶, para DIOGO FREITAS DO AMARAL os órgãos “devem ser concebidos como *instituições* para efeitos de teoria da *organização administrativa* e como *indivíduos* para efeitos de teoria da *atividade administrativa*”¹³⁷ (itálico do autor). O fundamento para o seu entendimento é, simplesmente, que “quem decide, quem delibera, são os indivíduos [...]; quem assina os atos administrativos praticados são os indivíduos [...]; quem toma decisões acertadas, ou comete erros de facto ou de direito, quem cumpre a lei ou a viola em nome da administração, são os indivíduos [...]”¹³⁸⁻¹³⁹.

A posição do professor não é novidade na doutrina nacional. Já MARCELLO CAETANO referia, há 54 anos atrás, a existência da “ideia, tão generalizada, que identifica os órgãos com os indivíduos”¹⁴⁰, considerando o professor essa posição como “errónea”¹⁴¹.

(Posição adotada) *Quid Juris?* Os conceitos *órgão* e *titular do órgão* são, no meu entendimento, distintos e destrincáveis. Em minha opinião, DIOGO FREITAS DO AMARAL, e qualquer outro defensor da posição descrita em (II), cometem o erro de translação da *realidade natural* para a *realidade jurídica*, criando uma situação de *aparência de realidade jurídica*. No meu entender, a realidade natural deve conformar a realidade jurídica (dada a finalidade desta em regular aquela), mas não se confundem. Se procurássemos representar esquematicamente a relação material controvertida verificaríamos que, na *realidade natural*, surgiria como

¹³⁴ *Noções de Direito Administrativo, Volume I*, p. 163.

¹³⁵ *Idem*, p. 165.

¹³⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*, 1988 (sendo uma reimpressão de 1986), pp. 592 a 595.

¹³⁷ *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*, 2012, p. 763.

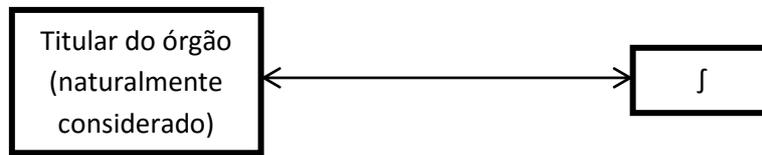
¹³⁸ *Idem*, p. 762.

¹³⁹ Procurando ainda sustentar jurisprudencialmente o seu entendimento (a meu ver sem sucesso), veja-se *O Princípio do Contraditório nos Recursos Interpostos pelos Presidentes dos Órgãos Colegiais em Defesa da Legalidade*, CJA, n.º 6, novembro/Dezembro 1997, pp. 32 a 37.

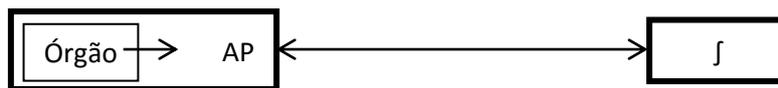
¹⁴⁰ MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*, p. 79.

¹⁴¹ *Ibidem*.

parte o elemento racional que assume a qualidade de *titular do órgão* (sendo ∫ qualquer outra pessoa como parte):



Mas, na *realidade jurídica*, já assume a qualidade de parte a pessoa coletiva (administração pública) – que, na realidade natural, não existe – à qual foi imputada o exercício dos poderes funcionais atribuídos ao órgão (sendo que tal exercício é *juridicamente* enquadrado como tendo sido efetivado pela pessoa coletiva, e não pelo *titular do órgão per se* [cuja esfera jurídica é desconsiderada na relação]):



Não apresenta dúvidas que, na *realidade natural*, o órgão e a pessoa coletiva não existem. Mas é diferente na *realidade jurídica*: aqui é ficcionado um *centro institucionalizado de poderes funcionais* (o órgão) cujo exercício é-lhe juridicamente imputado (apesar de naturalmente exercido por um elemento racional) e posteriormente imputado à pessoa coletiva no âmbito das relações externas com outras pessoas (singulares ou coletivas).

Já como exemplificação da distinção legislativa entre *órgão* e *titular do órgão* têm-se os casos de condutas que não prossigam as atribuições ou competências legalmente previstas ou o interesse público, ou não o façam exclusivamente, (*exempli gratia*, usurpação de poderes, atos estranhos às atribuições, atos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado e atos ilegais dolosos) e de condutas que, apesar de as/os prosseguirem ou visarem prosseguir, foram danosas e negligentes. Nessas situações, o ordenamento jurídico considera que a conduta não pode ser imputada à administração pública (ou não pode ser-lhe exclusivamente imputada, consoante as concretizações legais), mas sim (exclusiva ou concomitantemente, consoante as concretizações legais) à esfera jurídica do elemento racional que naturalmente a adotou – neste sentido,

exemplificativamente, o *Código do Procedimento Administrativo*¹⁴² e o *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCEEP)*¹⁴³. Nestes casos, é patente que a consideração da esfera jurídica do elemento racional ocorre por um direito substantivo que lhe imputa, expressamente, certa conduta, seja por determinação (i) da finalidade efetiva dessa conduta ou (ii) do grau da culpa (dolo ou certos graus de negligência).

A questão é, a meu ver, simples e não deveria suscitar dificuldades. Os conceitos *órgão* e *titular do órgão* são, na *realidade jurídica*, distintos e destrincáveis. Rejeita-se, assim, o entendimento descrito em (II), adotando-se o entendimento expresso de MARCELLO CAETANO e SÉRVULO CORREIA (embora se tenha procurado uma explicação distinta destes autores).

27 - Situação B - A doutrina de indistinção jurídico-substantiva seguida de distinção jurídico-processual

A situação B representaria, em rigor, uma fação do entendimento primário de DIOGO FREITAS DO AMARAL: não obstante acordarem com a sua doutrina de indistinção entre *órgão* e *titular do órgão* (admitindo-se, portanto, e sem dificuldades, a aplicação da SPC ao *titular do órgão* por incumprimento imputável à *administração pública*), defendem a necessidade de um regime processual especificamente para a garantia da tutela jurisdicional do *titular do órgão*.

Não existe doutrina expressamente neste sentido. No entanto, decidi enquadrar nesta *Situação B* as doutrinas de JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE e de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA. Com efeito, não obstante ser impercetível, nos seus textos, o entendimento quanto à distinção, ou não, das esferas jurídicas, os autores (i) apresentam manifestações expressas de indistinção (relembra-se a frase “a figura da sanção pecuniária compulsória tem como destinatário a *administração, ou seja, os titulares* ou membros do órgão administrativo faltoso” (itálico meu)) e (ii) defendem alguns desenvolvimentos relativos ao direito ao contraditório e à culpa específica do *titular do órgão*.

Estes casos enquadrados na *situação B* apresentam, ao contrário da doutrina de DIOGO FREITAS DO AMARAL, incoerência. Admitindo-se a indistinção das esferas jurídicas para efeitos de admissibilidade de aplicação da SPC ao *titular do órgão*

¹⁴² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

¹⁴³ Aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

por incumprimento da *administração pública*, como sustentar a distinção para efeitos processuais? Não existe, sequer, fundamento lógico para tal indistinção/distinção. Estas doutrinas são, assim, rejeitadas, por incoerência absoluta, e desconsideradas para efeitos de contributo no presente estudo.

28 – Situação C – A doutrina e jurisprudência da admissibilidade de sanção de uma pessoa jurídica por incumprimento imputável a outra pessoa jurídica desde que seja processualmente assegurada tutela jurisdicional

A situação C corresponde à doutrina (maioritária) e à jurisprudência. Estes, (a) procedendo, claramente, a uma distinção entre *órgão* e *titular do órgão*, (b) não identificam, no entanto, uma dificuldade de direito substantivo relativa à interligação entre o *titular do órgão* e a relação material controvertida, embora (c) reconheçam uma dificuldade no regime processual.

Do plano jurídico-substantivo, a sua posição é, a meu ver, duplamente incoerente:

- Porque se reconheceu uma distinção entre esferas jurídicas – (a) – sem que tal suscitasse problema de o *titular do órgão* não apresentar qualquer relação *jurídica* com a relação material controvertida objeto da ação judicial – (b) –?;
- E porque serviu a distinção entre *órgão* e *titular do órgão* como catalisador para a necessidade de um regime jurídico-processual que garantisse a tutela jurisdicional efetiva do *titular do órgão* – (c) – mas já não para a necessidade de um regime substantivo que o interligasse juridicamente a relação material controvertida – (b) –? Por outras palavras, como sustentar *juridicamente* que o titular do órgão seja sancionado pelo incumprimento imputável à *administração pública*?

É, assim, manifesta, no parágrafo anterior, a insuscetibilidade desta doutrina em responder às duas primeiras das *quatro questões nucleares*.

Do ponto de vista processual, é a construção insuficiente e incoerente, dado não enquadrar corretamente a aplicação da SPC ao *titular do órgão*: não sendo parte processual nem intervindo, em qualquer qualidade, na ação judicial, (i) não pode, no ordenamento atual, ser abrangido pelos efeitos da decisão judicial (considerando as regras jurídicas da eficácia *inter partes* da decisão judicial e da

extensão dos seus efeitos)¹⁴⁴, (ii) nem poderia nunca exercer um eventual *direito ao contraditório*. Um dos expoentes da construção processual reside no entendimento jurisprudencial (*supra* exposto) de o *titular do órgão* poder recorrer de uma decisão judicial na qual não foi parte nem participou.

É, portanto, patente, que ficaram igualmente por enunciar e responder as duas últimas das *quatro questões nucleares*.

29 – Conclusão e posição adotada (*Situação D*)

(A origem da norma) Sabemos já que o resultado da letra do artigo 169.º, n.º 1, do CPTA advém (a) da doutrina de indistinção de *órgão* e *titular de órgão* de DIOGO FREITAS DO AMARAL, (b) do papel preponderante do professor na reforma que ocorreu entre 1987 e 2002, seja na formulação inicial do texto do preceito, seja na defesa acérrima do instrumento, e (c) da pronúncia da restante doutrina pré-CPTA se limitar a auxiliar o professor na defesa da previsão do instrumento no Código a existir, sem se pronunciarem sobre a estrutura do instrumento.

(O regime jurídico-substantivo) Desvanecendo-se, no período pós-CPTA, a doutrina de indistinção entre conceitos, porque permaneceu, sem suscitar divergências, o enquadramento jurídico-substantivo no qual é sancionado o *titular do órgão* por incumprimento imputável à *administração pública*? Porque são as soluções das dificuldades suscitadas apenas consideradas do ponto de vista processual?

Na análise que faço da doutrina e jurisprudência, a essência parece dever-se à letra do artigo 169.º, n.º 1, do CPTA, segundo a qual “A imposição de sanção pecuniária

¹⁴⁴ Quanto aos efeitos das decisões judiciais perante terceiros, alguma doutrina e jurisprudência tem recorrido e desenvolvido os conceitos *terceiros juridicamente indiferentes* e *terceiros juridicamente interessados*. Veja-se, em doutrina recente, ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Limites subjectivos do caso julgado e a intervenção de terceiros*, pp. 15 e 18, e, jurisprudencialmente, além do citado no parágrafo seguinte, acórdão do STJ, de 16/12/2004, processo n.º 04B3313, acórdão do TCAS, de 21/09/2004, processo n.º 00017/04, e acórdão do TRP, de 13/01/2015, processo n.º 5729/09.5YYPRT-C.P1.

Citando o acórdão do TRC, de 08/05/2007, processo n.º 267/04.5TBOFR-A.C1: “Os terceiros têm de acatar a sentença proferida entre as partes e a correspondente definição judicial da relação litigada quando a sentença não lhes causa qualquer prejuízo jurídico porque deixa íntegra a consistência jurídica do seu direito, embora lhes cause um prejuízo de facto ou económico. São estes os chamados terceiros juridicamente indiferentes. Mas os terceiros não têm que acatar a sentença proferida entre as partes e a correspondente definição judicial da relação litigada quando aquela, a valer em face deles, lhes poderia causar um prejuízo jurídico, invalidando a própria existência ou reduzindo o conteúdo do seu direito, e não apenas destruindo ou abalando a sua consistência prática. São estes os chamados terceiros juridicamente interessados. A força do caso julgado estender-se-ia, portanto, aos terceiros juridicamente indiferentes, mas não aos terceiros juridicamente interessados”.

compulsória consiste na *condenação dos titulares dos órgãos incumbidos da execução*". Esta letra parece ter sido sempre doutrinal e jurisprudencialmente entendida como significando que o *titular do órgão* era o *incumbido da execução*. E seria, portanto, "condenado" pelo incumprimento da execução da decisão judicial na qual foi ré a *administração pública*. No entanto, não é esse o meu entendimento. Sob pena de impossibilidade de aplicação do instrumento (considerando o ordenamento jurídico atual), aquela letra deve ser entendida como significando que a SPC consiste na condenação dos titulares do *órgão incumbido da execução*. Deve, portanto, ser entendida como sendo o órgão da administração pública, e não o seu titular, o incumbido do cumprimento da decisão judicial. O legislador deveria ter ponderado melhor as flexões gramaticais de número usadas.

Além das dificuldades da *letra da lei*, há a considerar (i) os cerca de 14 anos da existência da norma, (ii) o vasto número de elementos racionais que compõem o conjunto *doutrina*, (iii) o "industrial " número de estudos científico-jurídicos, próprio das sociedades atuais, e (iv) o elevadíssimo número de ações judiciais, próprio do *Estado de Direito*. Todos estes elementos deveriam ter contribuído para a consciencialização e superação do problema. Considerando o ordenamento jurídico atual e o elemento sistemático como critério legal de interpretação, as *quatro questões nucleares* deveriam ter sido enunciadas e as respetivas respostas deveriam ter sido estruturadas. A formulação de um regime processual apenas deveria ter ocorrido posteriormente.

(O regime jurídico-processual) Não obstante a frase anterior, não é certo que a formulação do regime processual ocorresse devidamente. De facto, além do problema de ter sido concretizado precocemente e com a finalidade errada (procurar responder às dificuldades advenientes de um enquadramento substantivo defeituoso), existe outra razão para o regime processual atualmente existente, e doutrinal e jurisprudencialmente formulado durante 14 anos, ser insuficiente e incoerente.

Na análise que faço da doutrina e jurisprudência, tal razão consiste no entendimento erróneo quanto a um elemento em concreto no funcionamento da SPC: o momento temporal de aplicação.

O estudo da doutrina e jurisprudência permitiu-me concluir ser entendimento comum a necessidade de exercício do direito ao contraditório do *titular do órgão*

para efeitos da sua condenação. Sucede que, nas suas construções o exercício desse direito apenas ocorre aquando da *liquidação* (entendimento patente já antes da alteração legislativa de 2015, e que terá sido o seu elemento inspirador), o que determina, necessariamente, o seu entendimento de a condenação do *titular do órgão* só ocorrer aquando da *liquidação*. Por decorrência, entendem a doutrina e jurisprudência que a aplicação da SPC apenas ocorre com a aplicação da sanção – e não com o mero recurso ao carácter coercivo-preventivo do instrumento, não implicando, neste caso, qualquer necessidade de tutela jurisdicional do seu destinatário. Este entendimento é manifesto na alteração legislativa de 2015 que, na nova letra do artigo 169.º, n.º 6, do CPTA, remete a intervenção processual do *titular do órgão* para a fase da *liquidação*.

Infra, na secção dedicada à proposta, pronunciar-me-ei quanto ao meu entendimento da *liquidação*. Para já importa, apenas, relevar que, a meu ver, tal raciocínio é desconforme com a natureza jurídica da SPC. Com efeito, com a decisão judicial, já ocorreu a extinção da instância (artigo 277.º, alínea a), do CPC, *ex vi* o artigo 1.º do CPTA). Portanto, admitir a condenação do *titular do órgão* aquando da *liquidação* implica conceder uma dimensão declarativa condenatória à *liquidação*. Ora, e além das *quatro questões nucleares*, não só o poder jurisdicional do juiz nesse âmbito se esgotou (artigo 613.º, n.º 1, do CPC, *ex vi* o artigo 1.º do CPTA), como a tramitação processual da *liquidação* não é suscetível de garantir a adequada tutela jurisdicional do *titular do órgão*.

(A causa periférica comum) Além das conclusões acima descritas, considero ainda existir um elemento comum e secundário que contribuiu negativamente para a construção do regime jurídico: o recurso à letra e doutrina do instrumento, com o mesmo nome, previsto no artigo 829.º-A do CC e da principal obra sobre esse tema (*Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, de JOÃO CALVÃO DA SILVA)¹⁴⁵. O instrumento civil consiste na “condenação pecuniária decretada pelo juiz para constranger e determinar o devedor recalcitrante a cumprir a sua obrigação”¹⁴⁶. Este entendimento (e o recurso aos conceitos *devedor* e *credor*) será constante nas análises doutrinárias e jurisprudenciais do instrumento processual-administrativo,

¹⁴⁵ Essencialmente neste sentido, os textos de LUÍS MANUEL CHAVES BARROSO BATISTA e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA e, jurisprudencialmente, o STA, em acórdão de 26/09/2013.

¹⁴⁶ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, p. 355.

procedendo a uma verdadeira *extrapolação* (significando “ilação conjetural, por analogia com casos conhecidos, para além do campo de validade destes”¹⁴⁷).

Sucedo que, no objeto desta dissertação (e, como se verá, na própria natureza jurídica) os dois instrumentos apenas partilham o nome. Enquanto o instrumento civil é circundado pelo *direito de crédito*, pelas qualidades de *devedor* e *credor* e pela coerção e eventual sanção do *devedor*, o instrumento processual administrativo é envolvido por *deveres jurídicos* (e não *direitos* nem *obrigações per se*), pelas qualidades de partes processuais *autor* e *ré* e pela coerção e eventual sanção de uma esfera jurídica distinta da *ré* embora com finalidade primordial de cumprimento do dever jurídico que sobre si recai (o cumprimento da decisão judicial).

O recurso ao entendimento do instrumento civil foi, sem dúvida, uma das causas do entendimento deficitário do instrumento do CPTA, dado não ter permitido compreender e enquadrar as especificidades deste.

(Posição adotada) Após todo o exposto e a pré-apresentação das *quatro questões nucleares*, o meu entendimento pode ser explicado em poucas linhas. Considerando,

- A adoção da doutrina de distinção entre *órgão* e *titular do órgão*, e,
- Que, nos termos do artigo 169.º, n.º 1, do CPTA, a SPC consiste na condenação do *titular do órgão* no âmbito do incumprimento da decisão judicial na qual foi *ré* a *administração pública*,

É essencial a enunciação e resposta das *quatro questões nucleares*. A minha proposta de respostas, apresentadas na secção seguinte, será estruturada:

- Estabelecendo-se, quanto à *primeira questão nuclear*, uma interligação jurídico-substantiva relevante entre o *titular do órgão* e a ação judicial;
- Superando-se, com essa interligação, a dificuldade suscitada pela *segunda questão nuclear*, dado que o *titular do órgão* será condenado no âmbito do regime substantivo que o integrará e não no âmbito de um incumprimento imputável à administração pública;
- Estabelecendo-se, para resposta à *terceira questão nuclear*, uma instância em que seja *réu* o *titular do órgão* e em que o objeto processual seja o

¹⁴⁷ Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Editora.

incumprimento do dever jurídico que, nos termos da marca anterior, recairá sobre a sua esfera no âmbito daquela interligação,

- E encontrando-se, assim, assegurado, para efeitos de resposta à *quarta questão nuclear*, o adequado exercício ao direito ao contraditório.

CAPÍTULO IV

A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

30 - O ano 2015

Já referido várias vezes, este tema exige, pela sua relevância, uma apresentação autónoma. No ano 2015 o legislador procede a uma relevante alteração do regime jurídico da SPC. Com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, (quarta alteração do CPTA) são eliminadas várias referências ao instrumento jurídico (artigos 44.º e 66.º, n.º 3), acrescentadas outras (artigos 78.º-A, 95.º, n.º 4, e 72.º, n.º 6, alínea b)) e, num caso, procede-se a simples deslocação (a previsão do instrumento na *Intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias* passa do n.º 5 do artigo 110.º para o n.º 4 do artigo 111.º).

A principal alteração (da perspetiva do objeto da dissertação) resulta, no entanto, da nova letra do n.º 6 do artigo 169.º do CPTA segundo o qual, “no âmbito da liquidação, o titular do órgão pode deduzir oposição com fundamento na existência de causas de justificação ou de desculpação da conduta”. Como decorre do estudo *supra* descrito, trata-se de um progresso legislativo com vista a acompanhar o desenvolvimento doutrinal e, essencialmente, jurisprudencial.

Como já referido, a solução legal não é mais que uma tentativa de superação, por um regime processual, de um problema de índole substantivo. Não só não procura enunciar ou responder às *quatro questões nucleares*, como protela no tempo e agrava o grau das dificuldades sentidas na aplicação do instrumento.

SECÇÃO III
PROPOSTA ADOTADA

CAPÍTULO I

DIMENSÃO JURÍDICO-SUBSTANTIVA:

A INTER-RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O TITULAR DO ÓRGÃO E A AÇÃO JUDICIAL

CAPÍTULO II

DIMENSÃO JURÍDICO-PROCESSUAL:

A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DO TITULAR DO ÓRGÃO

SUBCAPÍTULO I

O SENTIDO INCONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA

SUBCAPÍTULO II

ANÁLISE E PROPOSTA DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DO TITULAR DO ÓRGÃO

31 – Introdução

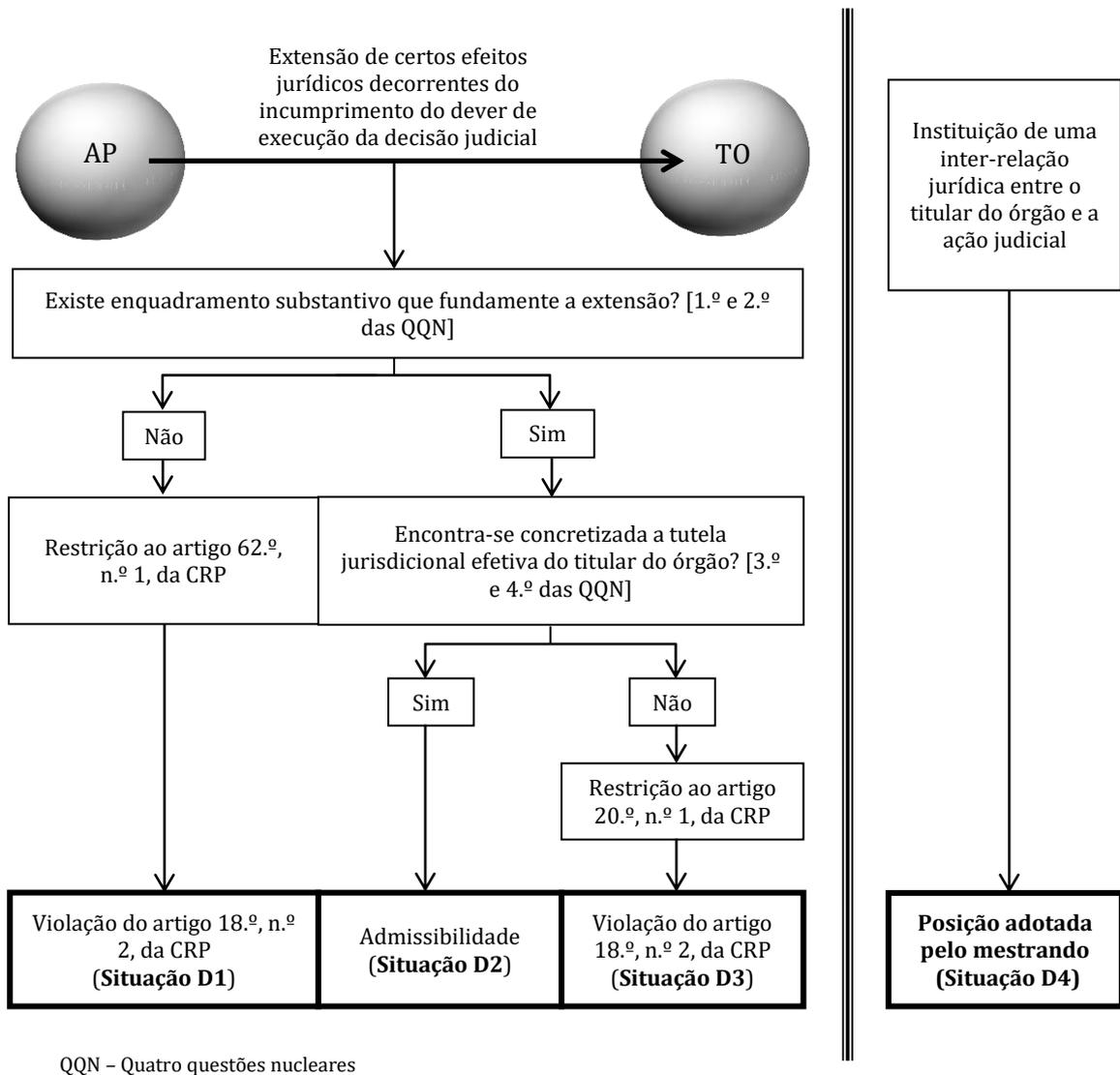
Supra tomei já posição quanto à distinção jurídica dos conceitos *órgão* e *titular do órgão* e, *ergo*, à consideração dual das suas esferas jurídicas. Esse caráter dual serve de premissa à consequência jurídica da separação (inconfundibilidade) no âmbito subjetivo da formação de direitos subjetivos e obrigações e deveres jurídicos. No entanto, no regime da aplicação da SPC (tal como comumente entendido), o incumprimento de um dever jurídico (cumprimento integral de uma decisão judicial) constituído numa esfera jurídica (a correspondente à *administração pública*) origina consequências desfavoráveis (coerção e sanção pecuniária) sobre outra esfera jurídica (a correspondente ao *titular do órgão*). Impõem-se as *quatro questões nucleares*:

- Substantivamente, como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* se não é parte na relação material controvertida?
- Ainda substantivamente, como pode uma esfera jurídica (*titular do órgão*) ser sancionada pelo incumprimento imputável a outra esfera jurídica (*administração pública*)?
- Processualmente, como pode aplicar-se a SPC ao *titular do órgão* (“condenação”, nos termos de alguma doutrina e jurisprudência) se este não é parte processual nem intervém, em qualquer qualidade, na ação judicial?
- Ainda processualmente, como pode o *titular do órgão* exercer um eventual direito ao contraditório se não é parte processual nem tem legitimidade processual?

A enunciação das *quatro questões nucleares* (na sua dupla dimensão substantiva e processual) e a incapacidade de resposta doutrinal e jurisprudencial permite concluir pela inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, do CPTA, por violação do artigo 18.º, n.º 2, da CRP (que estatui limites à restrição legal dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente relevantes), quando interpretado no sentido que podemos denominar comum: na primeira dimensão por restrição do *direito de propriedade privada*, consagrado no artigo 62.º, n.º 1, da CRP; na segunda por restrição do direito *tutela jurisdicional efetiva*, previsto no artigo 20.º, n.º 1, da CRP.

Na primeira situação (afetação do direito à propriedade privada) estar-se-á sempre perante uma inconstitucionalidade da norma caso se considere pela

inexistência de uma inter-relação *juridicamente relevante* entre o *titular do órgão* e a *relação material controvertida* objeto da ação judicial. Na segunda situação (necessidade de concretização do direito *tutela jurisdicional efetiva*), a constitucionalidade, ou não, da determinação legal do *titular do órgão* como destinatário da SPC dependerá (respetivamente) da existência, ou não, de uma tramitação processual suscetível de garantir a concretização do seu direito subjetivo *tutela jurisdicional efetiva*. O exposto pode ser esquematizado (esquema à esquerda):



As situações A a C foram já tratadas *supra*, representando as posições doutrinárias e jurisprudenciais. A minha não concordância com qualquer dessas três situações (razão da elaboração da presente dissertação e que tem por fundamento o meu entendimento da incapacidade dessas posições em responder às *quatro questões*

nucleares) levou a que autonomizasse a minha posição, a que denominei *Situação D*. Na presente secção (*Proposta*) viso a exploração dessa *Situação D*, que tem por base a premissa de um problema jurídico-substantivo na aplicação da SPC ao *titular do órgão*. O objetivo da dissertação consiste na enunciação das *quatro questões nucleares*, na consciencialização da sua importância e na concretização das respetivas respostas.

Como é possível discernir pelo esquema, a enunciação dessas questões permite rapidamente aferir dois sentidos inconstitucionais na aplicação da SPC (*Situação D1* e *Situação D3*).

A inconstitucionalidade da *Situação D1* advém da sua incapacidade de resposta às duas primeiras das *quatro questões nucleares*, implicando o entendimento de não existir um regime jurídico-substantivo suscetível de justificar a afetação negativa da esfera jurídica do *titular do órgão*.

A *Situação D2* representa o entendimento hipotético que obtém sucesso na determinação (i) de um enquadramento jurídico-substantivo entre o *titular do órgão* e a *relação material controvertida* e (ii) do respetivo (e, da perspetiva do *titular do órgão*, adequado) regime processual. Nesta situação, o instrumento não apresentaria dificuldades de inserção sistemática. Mas, e como se verá, perderia praticamente toda a sua utilidade dado que apenas permitiria a aplicação da SPC quando o incumprimento da decisão judicial fosse imputável ao titular do órgão (que, nesta hipótese, foi parte processual), e não à *administração pública*). A *Situação D2* será, portanto, demonstrativa que a procura de uma solução por via do estabelecimento de uma inter-relação entre o *titular do órgão* e a *relação material controvertida* não é a solução adequada para o correto funcionamento do instrumento.

A *Situação D3*, embora consagre regime substantivo, será essencialmente incapaz de garantir uma tutela jurisdicional efetiva do *titular do órgão*, não respondendo às últimas duas das *quatro questões nucleares*.

A *Situação D4* (esquema à direita, *supra*), que, depreende-se já da apresentação gráfica, é a por mim adotada, não visa (i) procurar enquadrar substantivamente a afetação negativa da esfera jurídica do *titular do órgão* pelo incumprimento da *administração pública* nem (ii) procurar justificar qualquer extensão dos efeitos da decisão judicial na qual foi ré a *administração pública* para a esfera jurídica do

titular do órgão. Visa, sim (e diferentemente de qualquer *Situação* até agora considerada, de *A* a *D3*), criar uma situação jurídica-substantiva *ex novo* e autónoma relativa, especificamente, ao *titular do órgão*. A solução passará, não pelo estabelecimento de uma relação jurídico-substantiva do *titular do órgão* com a *relação material controvertida*, mas sim com a *ação judicial*. Serão necessárias muitas linhas para a concretização dessa *Situação D4*. A análise que se seguirá será dividida em dois capítulos. No *Capítulo I* analisar-se-á a dimensão jurídico-substantiva que sustentará a aplicação da SPC ao *titular do órgão*. No *Capítulo II*, proceder-se-á concretização da tutela jurisdicional efetiva do *titular do órgão*.

CAPÍTULO I

DIMENSÃO JURÍDICO-SUBSTANTIVA:

A INTER-RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O TITULAR DO ÓRGÃO E A AÇÃO JUDICIAL

α. Hipótese 1 – Situação D1 – O sentido inconstitucional na interpretação da norma

32 – Entendimento adotado

Existindo uma consciencialização e concordância na distinção entre *órgão* e *titular do órgão*, a inconstitucionalidade do entendimento comum na aplicação da SPC ao *titular do órgão* é evidente. Com efeito, não se encontra atualmente definida qualquer situação jurídico-substantiva suscetível de permitir a restrição legal do direito do *titular do órgão* (com consagração constitucional) à propriedade privada, seja por fundamento num incumprimento a si imputável, seja por fundamento no incumprimento de um dever jurídico imputável a outra esfera jurídica. Com efeito, o artigo 169.º, n.º 1, do CPTA, não determina que o *titular do órgão* seja o *incumbido da execução*, mas sim que a SPC consiste na condenação do *titular do órgão incumbido da execução*.

Esse preceito não é, no entanto, autossuficiente. Requer, sim, a prévia determinação de um regime legal substantivo suscetível de permitir a sua concretização.

β. Hipótese 2 – Situação D2 a Situação D4 – A incógnita X

33 – Introdução

Definir um enquadramento jurídico-substantivo que admita a afetação da esfera jurídica do *titular do órgão* com vista a impelir a administração pública ao cumprimento da decisão judicial implica, nas palavras de IMMANUEL KANT, a determinação da *incógnita X*. Na *Crítica da Razão Pura* o autor escreveu: “Tomemos a proposição: tudo o que acontece tem uma causa. No conceito de algo que acontece concebo, é certo, uma existência precedida de um tempo que a antecede, etc. e daí se pode extrair conceitos analíticos. Mas o conceito de causa está totalmente fora desse conceito e mostra algo de distinto do que acontece; não está, pois, contido nesta última representação. Como posso chegar a dizer daquilo que acontece em geral a algo completamente distinto e reconhecer que o conceito de causa, embora não contido no conceito do que acontece, todavia lhe pertence e até necessariamente? Qual é aqui a incógnita X em que se apoia o entendimento quando crê encontrar fora do conceito A um predicado B, que lhe é estranho, mas todavia considera ligado a esse conceito?”¹⁴⁸. Este pequeno parágrafo descreve todo o objeto deste capítulo: qual é, de facto, a *incógnita X* em que se apoia o entendimento quando crê encontrar, fora da relação material controvertida que forma o objeto da ação judicial e da delimitação das partes que a constituem, a responsabilidade do *titular do órgão*, que é estranho àquela relação controvertida e àquela ação judicial, mas todavia lhe considera ligado?

Na presente dissertação proponho-me determinar essa *incógnita X*, ou seja, estruturar o enquadramento jurídico-substantivo suscetível de justificar a intromissão negativa da esfera jurídica do *titular do órgão*. As *Situações D2 e D4* serão tratadas de seguida. A *Situação D3*, por envolver regime processual, apenas será referida no capítulo seguinte.

¹⁴⁸ IMMANUEL KANT, *Crítica da Razão Pura*, p. 45.

34 – A incógnita X na Situação D2: A inter-relação jurídica entre o titular do órgão e a relação material controvertida objeto da ação judicial na qual é ré a administração pública

A *Situação D2* representa uma hipotética construção jurídico-substantiva (e correspondente e adequado regime processual) de inter-relação entre o *titular do órgão* e a *relação material controvertida* na qual é ré a *administração pública*, tendo como premissa a distinção entre *órgão* e *titular do órgão*. Diferencia-se das *Situações D1* e *D3* pela sua capacidade de resposta às *quatro questões nucleares*.

Esta hipótese não é novidade no ordenamento jurídico-administrativo. Como exemplo paradigmático podemos considerar o RRCEEP, que recorre à determinação de vários graus de imputação subjetiva para estruturar a responsabilidade, entre outros, do *titular do órgão*.

A sua inaplicabilidade ao instrumento em análise pode ser perspectivada do *direito constituído* e do *direito a constituir*.

O artigo 169.º, n.º 1, do CPTA faz depender a aplicação da SPC (ao *titular do órgão*) da verificação do incumprimento, por parte da *administração pública*, do dever de cumprimento de decisão judicial. Tal implica que a aplicação da SPC tem, necessariamente de ocorrer após a decisão judicial cujo incumprimento é seu fundamento *de facto*.

Já uma eventual aplicação da *Situação D2* teria por consequência e finalidade a determinação da legitimidade processual do *titular do órgão* para efeitos da sua constituição na qualidade de parte processual, intervenção na tramitação processual e abrangência pelo âmbito subjetivo da decisão judicial em análise. Tal construção conferiria um enquadramento jurídico substantivo e processual suficiente para efeitos de aplicação da SPC ao *titular do órgão* pelo seu incumprimento do seu dever jurídico de execução da decisão judicial. Mas não conferiria tal enquadramento no caso de incumprimento da *administração pública* (co-ré): continuaria sem enquadramento jurídico-substantivo a aplicação da SPC a uma esfera jurídica por incumprimento imputável a outra. O instrumento não cumpriria, nestes casos, a sua finalidade compulsória sobre a *administração pública*.

A inutilidade da solução agrava-se ao considerar-se que, na jurisdição administrativa que tenha por ré (no caso deste ponto, *co-ré*) a *administração*

pública, as medidas necessárias para a correta execução da decisão judicial acarretam, na quase totalidade, o exercício de competências e poderes funcionais que recaem sobre a esfera jurídica da *administração pública* ou o exercício de atos materiais ou pagamento de avultados valores pecuniários que só a *administração pública* terá capacidade *de facto* para cumprir. Nestes casos, esse não exercício pela *administração pública* não poderia ser juridicamente imputado (embora, provavelmente, o fosse na realidade natural) ao *titular do órgão*.

Do exposto, conclui-se que uma construção jurídica no âmbito da *Situação D2* solucionaria apenas uma ínfima parte dos incumprimentos de decisões judiciais. Existindo uma solução alternativa, como considero existir, com maior abrangência de casos, deve aquela ser excluída.

γ. A incógnita X na Situação D4: A inter-relação jurídica entre o titular do órgão e a ação judicial na qual é ré a administração pública

A – O CARÁTER TRIDIMENSIONAL DA NORMA: A INTERPRETAÇÃO LATA DO ARTIGO 169.º, N.º 1, DO CPTA

35 – A dimensão substantiva: a primeira previsão e a primeira estatuição

A minha proposta de enquadramento jurídico-substantivo para aplicação da SPC ao *titular do órgão* consiste (considerando as dificuldades patentes na *Situação D2*) no estabelecimento de uma inter-relação entre si e a *ação judicial* na qual foi ré a *administração pública*. Tal inter-relação é estruturada por via da determinação de um *dever jurídico de conduta* na esfera jurídica do titular do órgão: o dever de, *relativamente ao dever jurídico de cumprimento da decisão judicial constituída na esfera jurídica da administração pública*: (a) não dificultar ou impedir esse cumprimento e (b) adotar todas as condutas úteis e possíveis para esse cumprimento.

Assim, o artigo 169.º, n.º 1, do CPTA consagra:

- Como previsão normativa, uma decisão judicial (i) emitida em instância que tem por partes o *autor processual* e a *administração pública* e (ii) por via da qual a administração pública foi condenada, tendo-se constituído na sua esfera jurídica o dever jurídico de cumprimento integral dessa decisão; e,

- Como estatuição normativa, o *dever jurídico de conduta* na esfera jurídica do *titular do órgão*, tal como descrito no parágrafo anterior.

Formulam-se três notas relativas a este entendimento.

Primo, um problema de terminologia. Recorreu-se a um conceito jurídico de *dever* (de conduta) e não de *obrigação*. A consciencialização desta preocupação deveu-se aos escritos de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. O professor escreveu sobre a necessidade de “articulação conceitual”¹⁴⁹ distinguindo do conceito *obrigação* (na aceção do artigo 397.º do Código Civil) as “normas simples de conduta, implicando, por parte do visado, a necessidade de adotar (ou de omitir) uma conduta”¹⁵⁰. Estas últimas, designadas *deveres*, embora imponham (similarmente às obrigações) uma conduta, não determinam (contrariamente às obrigações) a constituição das qualidades jurídicas *credor*, *devedor* ou *prestação*, nem constituem um direito subjetivo de *crédito*. Não obstante formulado no âmbito do ramo privado do direito, nada obsta à transposição deste entendimento para o ramo público, cuja aplicabilidade, *in casu*, assume especial utilidade.

Secundo, um problema no momento e modo de formação do dever. Para a construção de uma solução apresenta-se útil uma específica edificação jurisprudencial: a notificação expressa, ao *titular do órgão*, da decisão judicial que constitui, na esfera jurídica da *administração pública*, a obrigação de cumprimento integral dessa mesma decisão. Salienta-se que, não obstante o recurso ao mesmo instrumento jurídico (a notificação), são distintas as finalidades que o impulsionam. Enquanto a jurisprudência pretende a extensão dos efeitos da decisão judicial ao *titular do órgão*, o meu intento traduz-se, muito diferentemente, na constituição de um dever jurídico *ex novo*.

Tertio, um problema de inserção sistemática. Com a minha proposta, o artigo 169.º, n.º 1, do CPTA perde a sua dimensão estritamente processual, intensificando um desenquadramento na sua localização sistemático-textual no CPTA. Seria adequado que o preceito fosse desenquadrado do regime atinente ao *processo de execução de sentença* com início no artigo 164.º do CPTA. Quanto às hipóteses de inserção sistemática a questão apresenta-se mais complexa: (i) a estrutura ideal passaria, no meu entender, pela divisão do CPTA (ou do diploma correspondente) numa parte substantiva e numa parte processual; o n.º 1 do artigo 169.º do CPTA

¹⁴⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo I, p. 28.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

constaria na primeira parte, enquanto outros números do mesmo preceito pertenceriam, como se demonstrará *infra*, à parte processual); (ii) numa opção menos exigente, o referido n.º 1 deveria, pelo menos, ser desintegrado dos títulos do CPTA que regem as formas de processo (títulos II a VIII), sendo integrado no *Título I – Parte Geral* ou em título autónomo¹⁵¹.

36- A dimensão substantiva: a segunda previsão e a segunda estatuição

Numa segunda relação previsão-estatuição, o artigo 169.º, n.º 1, do CPTA estatui uma sanção jurídica (de cariz pecuniário) como consequência do não cumprimento, pelo *titular do órgão*, do dever de conduta sobre si constituído.

A previsão normativa agora analisada não coincide com a descrita no ponto anterior dado traduzir-se no *incumprimento*, pelo *titular do órgão*, do dever de conduta constituído especificamente na sua esfera jurídica: não dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação da *administração pública* em executar a decisão judicial e adotar todas as condutas que lhe sejam possíveis para esse cumprimento.

Quanto à estatuição, é de realçar uma vez mais (a título pedagógico por repetição) que, ao contrário do entendimento doutrinal e jurisprudencial, na minha proposta a sanção é uma consequência, não do incumprimento do dever de execução da decisão judicial que recai sobre a *administração pública*, mas sim do incumprimento do dever de conduta que se constituiu na esfera jurídica do *titular do órgão*. Também a estatuição associada a essa previsão (a *sanção*) é distinguível da descrita no ponto anterior (a constituição do dever jurídico).

37 – (Continuação) A culpa

Exige-se, na aplicação da SPC, a aferição de uma dimensão subjetivo-intelectual da conduta que constitui o incumprimento? No ordenamento jurídico português, tal

¹⁵¹ Este entendimento e o entendimento anterior teriam ainda as vantagens de proporcionar o enquadramento jurídico-sistemático rigoroso da SPC (como decorre da análise dos vários preceitos relativos à SPC e como é entendimento doutrinal) dado:

- Não ser um instrumento de natureza estritamente executiva, pois igualmente aplicabilidade em sede declarativa (e, no meu entender, tendo aplicabilidade primeiro em instância declarativa e depois em instância executiva da mesma ação judicial);
- Nem ser um instrumento específico do processo de *execução para a prestação de factos ou de coisas*.

dimensão é, regra geral, aferida pelo conceito *culpa*. Exige-se, portanto, *culpa*? Se, sim, da *administração pública* ou do *titular do órgão*?

(I) Iniciando a análise do tema com a última questão, não existe consenso doutrinal e jurisprudencial sobre a necessidade de aferição de culpa da *administração pública* ou do *titular do órgão*. A divergência advém, essencialmente, do entendimento comum de a SPC consistir na sanção do *titular do órgão* por incumprimento imputável à *administração pública*.

No então, seguindo o meu entendimento de a previsão normativa ser edificada pelo incumprimento de um dever jurídico de conduta constituído especificamente na esfera jurídica do *titular do órgão*, a questão não apresenta dificuldades: a exigir-se *culpa* do incumprimento, seria do *titular do órgão*.

(II) A problemática descrita no parágrafo anterior, é, no entanto, precedida de outra: exige-se culpa na aplicação da SPC?

A doutrina e jurisprudência que se pronunciam sobre o tema defendem a sua exigência (com a exceção de MIGUEL ÂNGELO OLIVEIRA CRESPO). No entanto, os desenvolvimentos que sustentam esse entendimento são escassos ou inexistentes. *Quid juris?*

Primo, a questão deveria, a meu ver, ter sido perspectivada dos critérios de interpretação: existe base jurídica, constitucional ou infraconstitucional, para tal entendimento? Em caso negativo, e considerando os critérios interpretativos legalmente impostos, qual o âmbito admissível de uma interpretação extensiva (*in casu*, uma extensão que admita a culpa) considerando que nem a doutrina nem a jurisprudência são fontes de direito? Estas questões parecem sempre ter sido doutrinal ou jurisprudencialmente desconsideradas. Considero-as, no entanto, cruciais. *Discordância da concretização legislativa* não se deve confundir com *interpretação da lei* nem com *aplicação da lei*. É meu entendimento que, considerando os elementos interpretativos, não existe, atualmente, qualquer fundamento suscetível de sustentar, na previsão normativa, uma responsabilidade subjetiva. Concorde-se, ou não, com a posição do legislador, a responsabilidade objetiva (constante expressamente da *letra da lei*) é a juridicamente prevalecente.

Secundo, e não obstante o meu entendimento de o descrito no parágrafo anterior ser suficiente para um entendimento de responsabilidade objetiva, deve-se ainda considerar uma determinada particularidade do instrumento em análise: a

aplicação periódica da sanção (trimestralmente). Admitir a *culpa* como elemento integrante da previsão normativa para a estatuição sancionatória implicaria a necessidade da sua aferição por cada três meses. Ora, considerando que a *culpa* é uma construção jurídica integrante do direito substantivo, a sua aferição implicaria, no ordenamento jurídico atual, uma periódica dimensão declarativa condenatória. A aplicação da SPC tornar-se-ia insustentável e, mais importante, incapaz de prosseguir a finalidade da sua existência: o termo ao incumprimento no menor prazo possível.

Tertio, há a considerar um elemento específico da natureza jurídica da SPC. *Infra*, escrevi sobre a prevalência do caráter compulsório do instrumento sobre o seu caráter sancionatório, encontrando-se este (perante aquele) num grau de diluição suficiente para não ser, sequer, autonomizado aquando da determinação da sua natureza jurídica. Este é um aspeto relevante na presente análise, dado que o facto de a sanção apenas visar intensificar a compulsão (e, mais relevante, visar uma compulsão sobre outra pessoa jurídica [a administração pública]), e não concretizar um desvalor jurídico de certa conduta, permite uma exigência de incumprimento puramente objetivo.

(Conclusão) Por todo o exposto, conluo pela responsabilidade objetiva do *titular do órgão*, admitindo-se, apenas, e como se verá *infra*, a apresentação, aquando da *liquidação*, de causas de justificação ou de desculpação da conduta.

38 – A dimensão processual

A dimensão processual, patente na *letra da lei*, é a única que tem sido doutrinal e jurisprudencialmente considerada. E seria esta a única dimensão da norma (sendo inconstitucional nos termos da *Situação D1*) caso a letra da lei e/ou o pensamento legislativo fossem os únicos elementos interpretativos. A dimensão jurídico-processual do artigo 169.º do CPTA será analisada *infra*, em capítulo autónomo. Cabe apenas, neste ponto, afirmar a sua existência.

B – NATUREZA JURÍDICA DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA

39 – Introdução

É doutrinal e jurisprudencialmente assente que a SPC tem uma natureza jurídica bidimensional: constituiria, em primeiro lugar, uma *medida coerciva* (“uma ameaça ou pressão para compelir a Administração a realizar uma execução voluntária da sentença”¹⁵², tendo uma “função preventiva”¹⁵³) e, posteriormente, uma *sanção pecuniária*, assumindo uma “função [...] sancionatória”¹⁵⁴. A este ponto da dissertação já o júri consciencializar-se-á da incapacidade de resposta desta construção às *quatro questões nucleares*. É sustentado o exercício de coerção sobre uma pessoa jurídica A (titular do órgão) com vista a compelir uma pessoa jurídica B (administração pública) ao cumprimento de um dever jurídico.

Questiona-se: o carácter tridimensional do artigo 169.º, n.º 1, do CPTA proposto nesta dissertação afeta a construção da natureza jurídica da SPC? A resposta é positiva e a respetiva análise será apresentada nos pontos seguintes.

40 – A natureza coerciva: Crítica ao entendimento assente

HANS KELSEN refere que “uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis [...] com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens económicos e outros. [...] Neste sentido, [...] são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida em que ligam à conduta oposta um ato de coerção”¹⁵⁵. No mesmo sentido, KARL ENGISCH: “como o Direito é uma ordem de coação, a estatuição da consequência jurídica há de consistir sempre em prescrever uma *coação*, em prescrever, portanto, uma pena ou uma execução forçada e coisas similares”¹⁵⁶ (itálico do autor) ¹⁵⁷. “O direito, pela instituição de sanções,

¹⁵² Cita-se, exemplificativamente, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa*, p. 380.

¹⁵³ Cita-se, exemplificativamente, CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A Tutela Executiva dos Particulares*, pp. 388 e 389.

¹⁵⁴ Cita-se, exemplificativamente, CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *Ibidem*.

¹⁵⁵ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 23.

¹⁵⁶ KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 34.

¹⁵⁷ Diferentemente JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, que rejeita a construção de um “imperativo hipotético” em que o sujeito poderia optar entre o respeito da conduta legalmente determinada ou a sujeição às consequências. O autor defende a ordem jurídica como um “imperativo categórico” (*in*

motiva os indivíduos a realizarem a conduta prescrita, na medida em que o desejo de evitar a sanção intervém como motivo na produção desta conduta (HANS KELSEN¹⁵⁸). Portanto, todas as normas jurídicas que sancionem o incumprimento de uma obrigação ou dever legal têm, necessariamente, uma dimensão coerciva: o elemento racional equacionará as consequências jurídicas antes da decisão da conduta a adotar (ativa ou omissiva).

O entendimento doutrinal e jurisprudencialmente assente quanto à natureza coerciva da SPC (impelir apenas ao cumprimento, pela *administração pública*, da sua obrigação de execução de sentença) apresenta, neste âmbito, várias dificuldades. *Primo*, apenas atenta *uma* dimensão da coerção (coerção preventiva), desconsiderando a *dimensão coerciva da sanção* do instrumento adveniente do seu carácter periódico. *Secundo*, apenas é considerada como integrante da natureza jurídica da SPC a coerção sobre a *administração pública*, e não sobre o *titular do órgão*. *Tertio*, a análise doutrinal e jurisprudencial não procede a uma aferição das especificidades do carácter coercivo da SPC; por tal, esse carácter coercivo em nada difere de qualquer outra norma sancionatória ou de qualquer outra norma para cujo incumprimento esteja prevista uma consequência desfavorável, de onde não se encontrar, nesse entendimento, fundamento suscetível de justificar a sua referência individual aquando da determinação da natureza jurídica daquele instrumento.

O Direito, pp. 43, 44, 62 e 63), implicando uma “pretensão de aplicação incondicional” (*idem*, p. 63) imanente à ordem jurídica.

Sucedem que a capacidade de um elemento racional tomar decisões é uma realidade e não pode ser ignorada. O carácter categórico é uma quimera, cuja crença pode provocar (e tem provocado) distorções no entendimento e construção do ordenamento jurídico: é o caso, por exemplo, da consideração de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO da sanção como uma “reprovação da violação cometida” (*ibidem*), construção utópica do fundamento e natureza de um ordenamento jurídico e do próprio instrumento *sanção*. Este aspeto é ilustrado por HANS KELSEN ao referir que a coação “apenas terá de suceder quando essa efetivação encontre resistência” (*in Teoria Pura do Direito*, p. 24), frase que demonstra a consideração de a ordem jurídica consistir numa realidade *imposta*. O facto de (como HANS KELSEN demonstra com aquela frase) numa sociedade democrática (indireta), algumas instituições serem compostas por representantes dos cidadãos, apenas diminui (e não dilui) o fosso entre o conteúdo da norma e o conteúdo do pensamento desses cidadãos (permitindo a coincidência ou aproximação desses conteúdos em alguns casos). Mas a norma será sempre coativa para os cidadãos que dela discordem ou para os cidadãos que, embora com ela concordem, em algum ponto das suas vidas não pretendam, egoisticamente, a sua aplicação.

¹⁵⁸ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 24.

41 – Posição adotada: a natureza coercivo-preventiva dual (sobre o titular do órgão e sobre a administração pública)

A SPC do direito processual administrativo goza de duas características particulares, até agora não consideradas, sendo que, estas sim, permitem uma referência individualizada do seu caráter coercivo: (I) a bidimensionalidade da coercividade; e (II) o grau da coercividade preventiva.

(I) Como primeira particularidade tem-se a *bidimensionalidade* da coercividade. Com efeito, caso se concretize o incumprimento, a coercividade conserva-se (ainda que se manifeste diferentemente): a determinação do valor sancionatório em função do número de unidades de tempo que se verificarem, compele o destinatário do instrumento ao *terminus* do incumprimento. Verifica-se, então, a par da coerção-prevenção, uma coerção-sanção. Trata-se de um aspeto contrário às normas com *dimensão preventiva geral* (e, especificamente, à generalidade das normas sancionatórias), nas quais, com o incumprimento, cessa a natureza coerciva e passa a manifestar-se a natureza meramente sancionatória. Esta natureza coercivo-sancionatória voltará a ser analisada no ponto seguinte, embora da perspectiva sancionatória. Os efeitos coercivos até agora descritos manifestam-se, em qualquer regime de SPC, por ameaça ou concretização (consoante seja preventivos ou sancionatórios) de consequências desfavoráveis na esfera jurídica *daquele a quem se pretende a adoção de determinada conduta*. Manifestam-se, designadamente, na SPC do direito processual administrativo ao prever a coerção sobre o *titular do órgão* para o impelir ao cumprimento do dever de conduta constituído na *sua* esfera jurídica.

Mas enquanto os restantes instrumentos compulsórios apresentam apenas aquele âmbito subjetivo, o previsto no CPTA prevê uma extensão desse âmbito ao visar que a coerção sobre o titular do órgão compila igualmente a administração pública à execução integral da decisão judicial.

Verifica-se, portanto, a referida *bidimensionalidade*.

(II) Como segunda particularidade, tem-se que, embora a SPC, enquanto elemento de um ordenamento jurídico, goze da característica coerciva deste, é possível nela discernir uma pequena variação: o *grau* de coercividade preventiva. Já *supra* procedi à análise do caráter coercivo existente num ordenamento jurídico: advém da sua finalidade de influenciar o processo de decisão do destinatário da norma,

fazendo-o considerar a consequência desfavorável do incumprimento (chamemos-lhe *dimensão preventiva geral*). No entanto, a SPC apresenta uma outra dimensão de coercividade, elevando o seu grau: onde a *dimensão preventiva geral* não tenha funcionado, visa afetar a prolação do incumprimento no tempo, definindo o número de dias como uma das variáveis da equação que determina o valor da sanção.

A SPC apresenta, assim, um grau de coercividade preventiva superior ao que se verifica na generalidade das normas: o seu destinatário poderá equacionar que a dimensão desfavorável da consequência aumentará em proporção direta com o decurso do tempo (*in casu*, a unidade temporal *dia*). E, assim, sai reforçada a dimensão preventiva da coercividade, de tal modo que uma pessoa jurídica cuja tomada de decisão não seja afetada pelo grau da prevenção geral será, com elevada probabilidade, afetada pelo grau de prevenção da SPC.

(Enquadramento Conclusivo) Por todo o exposto, conclui-se pela natureza coercivo-preventiva dual (sobre o *titular do órgão* e sobre a *administração pública*) e pela especificidade do instrumento quanto ao elevado grau de coercividade.

42 – Natureza exclusivamente sancionatória após o incumprimento?: Crítica ao entendimento assente e posição adotada (a natureza coercivo-sancionatória sobre o titular do órgão)

Não existem divergências doutrinárias na natureza sancionatória da SPC. No entanto, existem dois aspetos que parecem ainda não ter sido devidamente considerados.

Em primeiro lugar, e nos termos do descrito no ponto anterior, o carácter sancionatório (cuja existência não contesto) dilui-se na dimensão coerciva do instrumento. Com efeito, a sanção visa apenas aumentar o grau e a dimensão da coerção pós-incumprimento, não se verificando (contrariamente à generalidade das normas coercivas de um ordenamento jurídico) uma sanção enquanto consequência de um desvalor jurídico de certa conduta. Pelo exposto, questiono a autonomia da dimensão sancionatória face ao carácter coercivo do mesmo instrumento (autonomia essa que considero não existir).

Em segundo lugar, admitir a natureza exclusivamente sancionatória da SPC “após o incumprimento” (como faz a doutrina e jurisprudência) não permitiria enquadrar juridicamente o carácter coercivo do instrumento sobre a *administração pública*.

Esta vertente coerciva nunca foi, de facto, considerada no âmbito da natureza jurídica da SPC. No entanto, a sua existência é manifesta: a finalidade do instrumento é, *de facto*, a garantia do cumprimento integral da decisão judicial pela *administração pública*; prossegue-a sem constituir na sua esfera jurídica qualquer consequência desfavorável; de onde apresentar sobre a *administração pública* uma dimensão estruturalmente coerciva.

Com os entendimentos dos parágrafos anteriores na qualidade de pré-considerações, concludo que o carácter sancionatório do instrumento em análise, existindo, não apresenta autonomia suficiente para que possa ser individualizado, devendo designar-se o conjunto por *natureza coercivo-sancionatória* por comparação à natureza coercivo-preventiva que se verifica no período anterior ao incumprimento. Em sentido próximo têm-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA ao referirem que, “com a inobservância do prazo limite estabelecido para o incumprimento [...] entra-se no terreno propriamente sancionatório – embora sempre funcionalizado no propósito de induzir o incumprimento”¹⁵⁹. Embora os autores se refiram sempre ao incumprimento da decisão judicial (entendimento distinto do meu, em que o titular do órgão é sancionado pelo incumprimento do dever de conduta que especificamente se constituiu na sua esfera jurídica), denota-se, nos seus escritos, a subjugação da sanção ao carácter compulsório da SPC.

Mas ainda que não se adote o meu entendimento, continuando a defender-se a necessidade de individualizar o carácter sancionatório, sempre ter-se-á de acolher que, contrariamente ao entendimento doutrinal, esse carácter partilha o hiato temporal com o carácter coercivo (coercivo sobre o *titular do órgão* dado o carácter periódico da aplicação da sanção; coercivo sobre a *administração pública* dado visar impelir o seu cumprimento), sendo com ele concomitante e não ocorrendo uma “conversão”, como tem sido sustentado, separando-se temporalmente as duas dimensões (veja-se, a título exemplificativo, CECÍLIA ANACORETA CORREIA: “num segundo momento, que apenas ocorre caso esse incumprimento não seja alcançado, a medida *converte-se* numa sanção pecuniária”¹⁶⁰ (itálico meu) 161).

¹⁵⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 841.

¹⁶⁰ *Ibidem*. No mesmo sentido, pode ainda ver-se JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, p. 380.

D – CONCLUSÃO

43 – O centro gravitacional

Como ponto de partida para a conclusão podemos questionar: Porque incidiu a análise exclusivamente sobre o artigo 169.º do CPTA? De facto, a SPC vem prevista em 14 artigos do CPTA¹⁶². O primeiro desses preceitos¹⁶³ é uma consagração geral do poder dos tribunais na sua aplicação. Em nove preceitos¹⁶⁴ consagra-se individualmente a aplicação do instrumento. Em três¹⁶⁵ consagra-se a possibilidade de o exequente requerer a imposição de uma SPC. E apenas em um artigo (169.º) se encontra o desenvolvimento do seu regime jurídico. Todos aqueles nove preceitos de aplicação individualizada remetem expressamente para o regime do artigo 169.º. Apenas o artigo 3.º do CPTA não procede a tal remissão (tornando-se o único artigo do CPTA que prevê a aplicação da SPC a não o fazer)¹⁶⁶. A inexistência de remissão no artigo 3.º apenas releva no elemento *letra da lei*, sendo diluído quando considerados os restantes elementos interpretativos; conseqüentemente, não causa, nem deve causar, dificuldades interpretativas: o artigo 169.º rege todas as situações de aplicação da SPC.

Pelo exposto, e respondendo à questão que inicia o presente parágrafo, o artigo 169.º do CPTA representa, metaforicamente, o centro gravitacional em cuja orbita se encontram todos os restantes preceitos referentes à SPC.

Quanto à localização sistemático-textual do instrumento no CPTA, remeto para o já *supra* descrito no ponto 35.

¹⁶¹ No mesmo sentido da autora: MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I*, pp. 127 e 128; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, p. 380.

¹⁶² Artigos 3.º, 78.º-A, 84.º, 95.º, 108.º, 111.º, 115.º, 127.º, 164.º, 168.º, 169.º, 172.º, 176.º e 179.º. O instrumento encontrava-se ainda previsto no artigo 44.º, revogado pela alínea d) do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

¹⁶³ Artigo 3.º, n.º 2.

¹⁶⁴ Artigos 78.º-A, n.º 3, 84.º, n.º 5, 95.º, n.º 4, 108.º, n.º 2, 111.º, n.º 4, 115.º, n.º 4, 127.º, n.º 2, 168.º, n.º 1, e 179.º, n.º 3.

¹⁶⁵ Artigos 164.º, n.º 4, alínea d), 172.º, n.º 6, alínea b), e 176.º, n.º 4.

¹⁶⁶ Dos três artigos que preveem a possibilidade de o exequente poder requerer a imposição da SPC, apenas um (176.º, n.º 4) procede à remissão para o artigo 169.º. Salvo melhor opinião, tal não parece necessário, dada a necessidade de uma tramitação apenas ocorrer aquando da sua aplicação e não aquando do requerimento para tal.

44 – A natureza jurídica da sanção pecuniária compulsória no direito processual administrativo

Em conclusão, a SPC consiste num instrumento jurídico com a seguinte estrutura:

- Caráter coercivo-preventivo direto: compelir o *titular do órgão* ao cumprimento atempado do dever jurídico de conduta constituído na sua esfera jurídica e consubstanciado (i) em não dificultar ou impedir o cumprimento da *administração pública* à execução integral da decisão judicial na qual assumiu a qualidade de ré e (ii) em adotar todas as condutas úteis e possíveis para esse cumprimento;
- Caráter coercivo-preventivo indireto: compelir a *administração pública* à execução integral da decisão judicial na qual assumiu a qualidade de ré;
- Eventual caráter coercivo-sancionatório direto: compelir o *titular do órgão* a pôr termo, no menor prazo possível, ao incumprimento do dever jurídico de conduta constituído na sua esfera jurídica; e,
- Eventual caráter coercivo pós-preventivo indireto: compelir a *administração pública* a pôr termo, no menor prazo possível, ao incumprimento do seu dever jurídico de execução da decisão judicial.

Este meu entendimento, que será fulcral para o desenvolvimento da dimensão jurídico-processual, *infra*, permite, desde logo, contrariar o entendimento doutrinal e jurisprudencialmente assente da total similaridade entre os instrumentos do direito processual civil e administrativo – como a paradigmática frase de MIGUEL ÂNGELO OLIVEIRA CRESPO de que “a sanção pecuniária compulsória é no direito processual administrativo o mesmo instituto que é no direito privado”¹⁶⁷.

CAPÍTULO II

DIMENSÃO JURÍDICO-PROCESSUAL:

A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DO TITULAR DO ÓRGÃO

45 – Introdução

“Os direitos em geral e os direitos fundamentais em particular podem, através da concreta conformação do regime processual, ser realizados ou afetados de modos

¹⁶⁷ *As Sanções Pecuniárias Compulsórias no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 62.

muito diferenciados” (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁶⁸). A transcrição resume o objeto deste capítulo. Com efeito, e ainda que se adotasse o entendimento de enquadramento jurídico-substantivo de inter-relação do *titular do órgão* com a *relação material controvertida* (e não, como é meu entendimento, com a *ação judicial*), manifestar-se-ia um problema jurídico-processual: a consagração do direito constitucional *tutela jurisdicional efetiva* do *titular do órgão*. O presente capítulo tem, assim, por objeto a análise das *Situações D3 e D4* do esquema *supra* apresentado no ponto 31.

Não será, neste capítulo, considerada a hipótese a que se refere a *Situação D2* (consagração de um regime jurídico suscetível de garantir uma intervenção processual do *titular do órgão* na ação judicial entre o *autor processual* e a *administração pública*), dado que, como já demonstrado *supra* (ponto 34), tal solução não salvaguardaria o adequado funcionamento do instrumento jurídico. A solução apresentada terá, necessariamente, de passar por uma condenação *distinta* (processual e temporalmente) do *titular do órgão* no incumprimento do seu dever jurídico de conduta. Esta solução apresenta, *ab initio*, um novo problema: afetará negativamente a finalidade da SPC em impelir a *administração pública* ao cumprimento da decisão judicial, essencialmente pelo tempo normalmente necessário para uma tramitação processual. A proposta terá, portanto, de apresentar uma resposta a esta dificuldade, o que se fará estabelecendo uma inter-relação entre as duas condenações, criando uma simbiose.

46 – O direito ao contraditório

“Ao contrário do que sucede com o processo penal – para o qual a CRP reserva um conjunto importante de preceitos [...] – a CRP não contém nenhum preceito específico relativo ao direito processual civil. Esta verificação está longe de querer significar que a CRP não alberga preceitos com influência direta no direito processual civil” (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA)¹⁶⁹. Os números 4 e 5 do artigo 268.º da CRP estabelecem algumas bases constitucionais do direito processual administrativo. Não se alcançando, nessas normas, certas dimensões jurídico-processuais, dever-se-á concluir nos mesmos termos de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA.

¹⁶⁸ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, p. 176.

¹⁶⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito Processual Civil*, pp. 67 e 68.

O *direito ao contraditório* tem consagração constitucional expressa no artigo 32.º, n.º 5, da CRP¹⁷⁰, sob a epígrafe “Garantias de Processo Criminal”. No âmbito do direito processual civil refere JOSÉ LEBRE DE FREITAS que o “direito de acesso à justiça [...] não pode deixar de ser interpretado e integrado com o art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o art. 14.º-1, parágrafo I do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos e o art. 6.º-1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, todos pactos internacionais recebidos pelo Estado Português em que o acesso à justiça implica também o *direito de defesa*, o chamado *princípio do contraditório* (latamente entendido), a *igualdade de armas* e [...]”¹⁷¹ (itálico do autor). Procedendo à interpretação do artigo 20.º da CRP tendo por base aqueles textos supranacionais, começa o autor com o seguinte e exemplar entendimento: “em primeiro lugar, o direito de acesso garantido a quem recorre aos tribunais não pode deixar de abranger quem a eles acede contra vontade, isto é, o réu contra quem a ação é proposta”¹⁷². Algumas páginas depois, refere que “o art. 20.º da CRP não fica por aqui. [...] Tem também o sentido material de garantia do chamado princípio do contraditório”¹⁷³, que “tem de ser observado ao longo de todo o processo, de tal modo que qualquer posição tomada por uma parte deve ser comunicada à outra parte para que esta possa responder”¹⁷⁴.

SUBCAPÍTULO I

HIPÓTESE 1 – SITUACÃO D3 – O SENTIDO INCONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA

47 – A exigência constitucional de *tutela jurisdicional efetiva*

O artigo 169.º, n.º 1, do CPTA é inconstitucional quando interpretado no sentido de a esfera jurídica do *titular do órgão* poder ser afetada por determinação judicial (condenação e sanção) sem possibilidade de *exercício efetivo* de intervenção processual e do direito ao contraditório. Admitir aquela condenação e sanção sem uma adequada intervenção e exercício do contraditório implica uma restrição do

¹⁷⁰ “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.”

¹⁷¹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil*, p. 31.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Idem*, p. 35.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

princípio constitucional *tutela jurisdicional efetiva* (artigo 20.º, n.º 1, da CRP) em desrespeito dos limites constitucionais estabelecidos no artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Ainda que não se adotasse a minha proposta de enquadramento jurídico-substantivo, o artigo 169.º, n.º 1, do CPTA violaria a CRP enquanto não fosse assegurada a efetividade da tutela jurisdicional do *titular do órgão*. Relembrem-se, para o efeito, as duas últimas das *quatro questões nucleares*:

- Processualmente, como se poderia aplicar a SPC ao *titular do órgão* (“condenação”, nos termos de alguma doutrina e jurisprudência) se este não seria parte processual nem interviria, em qualquer qualidade, na ação judicial (exceto, possivelmente, como representante da *administração pública*)?
- Ainda processualmente, como poderia o *titular do órgão* exercer um eventual direito ao contraditório se não seria parte processual nem teria legitimidade processual?

SUBCAPÍTULO II

HIPÓTESE 2 – *SITUAÇÃO D4* – ANÁLISE E PROPOSTA DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DO TITULAR DO ÓRGÃO

48 – Introdução

A minha proposta de uma inter-relação entre o *titular do órgão* e a *ação judicial* (em detrimento de uma inter-relação entre o *titular do órgão* e a *relação material controvertida*) gera, desde logo, uma consequência processual: a distinção entre a condenação do *titular do órgão* e a condenação da *administração pública*. Ocorrerão em hiatos temporais distintos. Terão partes distintas. Terão objetos distintos.

Analisar, processualmente, a condenação do *titular do órgão* implica, portanto, e *ab initio*, considerar uma tramitação processual especificamente com tal intuito.

α. O processo declarativo

49 – Enquadramento inicial; Os elementos de *interconexão*

Não obstante o meu entendimento de distinção entre as condenações da *administração pública* e *titular do órgão*, ambas apresentam, entre si, dois elos de

interconexão. Em primeiro lugar, além de a condenação do *titular do órgão* ter por objeto direto o *seu* incumprimento do *seu* dever jurídico de conduta, a aplicação da SPC daí adveniente visa coagir uma pessoa jurídica distinta (administração pública) ao *terminus* do incumprimento de decisão judicial na qual assumiu a qualidade de ré (a que denominei *caráter coercivo pós-preventivo indireto*¹⁷⁵). Em segundo lugar, o dever de conduta que constitui o objeto na condenação do *titular do órgão* originou-se por via da (notificação da) decisão judicial na qual foi condenada a *administração pública*.

A *distinção* entre as condenações, associada à *interconexão* descrita, apresenta dificuldades inter-relacionais. O tema pode ser delineado por qualquer das seguintes questões individualmente consideradas: a delimitação da forma de processo relativa à condenação do *titular do órgão* deve ser determinada somente pelas próprias especificidades (designadamente pelo seu objeto e partes) ou pode/deve ser influenciada pelos efeitos que visa produzir além dessas especificidades? Deve a efetividade da tutela jurisdicional do autor processual no processo de condenação da *administração pública* influenciar a concretização da forma de processo relativa à condenação do *titular do órgão*? Além de distintos, serão os dois processos autónomos entre si?

Uma resposta negativa afeta a efetividade da finalidade da SPC. Uma resposta positiva origina a questão de como proceder, juridicamente, à *interconexão* entre dois processos com réu e objetos distintos.

A análise será repartida em duas subdivisões: *A – A conformação de um regime processual*; *B – Formas de interconexão e respetiva conformação da forma de processo: Análise e proposta*. Na primeira, procurar-se-á estabelecer a possibilidade de, considerando os elementos conformadores do ordenamento jurídico português, estabelecer uma *conexão inter-processual*. Na segunda (que apenas pode existir no decorrer de uma resposta positiva na primeira) procurar-se-á determinar a forma de *interconexão* em concreto.

¹⁷⁵ Cfr. *Supra*, ponto 44.

A – A CONFORMAÇÃO DE UM REGIME PROCESSUAL

50 – O fundamento nuclear das formas de processo: A *utilidade* da tutela jurisdicional

Determinar a interconexão entre duas formas de processo implica questionar qual é, no direito moderno, a finalidade nuclear de uma forma de processo. A resposta que, provavelmente, teria maior apoio seria: prover, num Estado de Direito, a resolução de determinado litígio (conflito) justa, equitativa e imparcialmente.

Tal entendimento proporciona, no entanto, dificuldades inultrapassáveis se não interpretado com ponderação. A decisão judicial relativa à verdade factual (respetivamente, *decisão de mérito* e *verdade material*, nos termos jurídicos tradicionais) é a última fase prevista numa forma de processo declarativa. Significa isto que, até essa fase, a tentativa de determinação dessa verdade (e a resolução do litígio) não será feita pelo tribunal: apenas se procurará, em substância, a recolha e produção de prova. Admitir, assim, a resolução do litígio *próprio sensu* entre autor processual e réu como fundamento nuclear das formas de processo implicaria a necessidade de consagração de uma posição processual absolutamente igual, pelo menos até à decisão final (momento da determinação da verdade factual) sob pena de violação de um processo justo e equitativo. Uma tal forma de processo prejudicaria ou impediria, em muitas situações, a efetividade da tutela jurisdicional do titular da pretensão juridicamente reconhecida (impediria, designadamente, formas de processo como as providências cautelares e os processos urgentes). O exposto traduzir-se-ia na inefetividade (e decorrente inutilidade) dessa tutela jurisdicional e, conseqüentemente, na inviabilidade de uma sociedade de Direito jurisdicional.

Por todo o exposto, a resolução do litígio deve, em meu entender, ser entendida como uma finalidade indireta, e não direta, da ação judicial. A finalidade direta será a tutela de uma *pretensão* do *autor processual* que venha, eventualmente, a ser legalmente reconhecida. Conseqüentemente, uma forma de processo deve ser compreendida como tendo por finalidade nuclear a *garantia* e a *efetividade* dessa tutela; o conjunto de ambos os elementos consubstancia um fundamento unitário de *utilidade* da tutela face à pretensão. A tutela jurisdicional do réu surgirá, sim,

como um elemento negativo, constitucionalmente imposto, nessa concretização, visando servir de limite à prossecução da finalidade direta.

Este entendimento encontra-se otimizado em dois preceitos do CPC:

Artigo 2.º

Garantia de acesso aos tribunais

1 - A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

2 - A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação.

Artigo 3.º

Necessidade do pedido e da contradição

1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

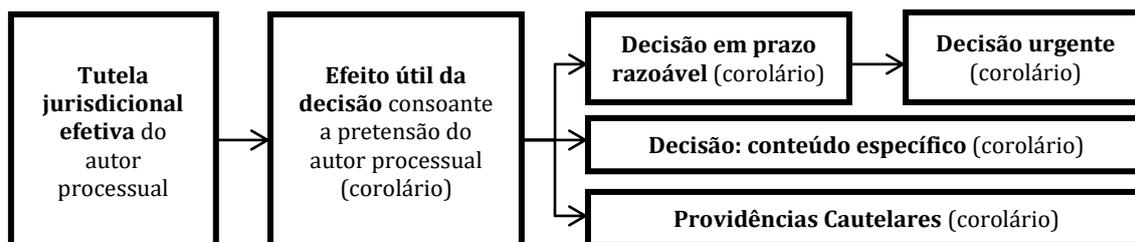
2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

[...]

51 - A efetividade da *utilidade* na tutela jurisdicional

A *utilidade* na tutela jurisdicional densificada no ponto anterior manifesta-se, relativamente às formas de processo, numa dupla vertente: efeito útil por decisão urgente; e efeito útil por conteúdo específico.



Em resolução jurisdicional de litígio em que não se verifique qualquer necessidade de concretização de algum ou ambos daqueles *corolários*, seguir-se-ia uma forma de processo comum (manifestando-se apenas o princípio constitucional e o primeiro corolário). Verificando-se a necessidade de concretização de algum ou ambos os corolários, criar-se-iam normas processuais específicas que garantissem essa concretização; o trâmite processual não previsto nessas normas específicas seria regulado pelas normas do processo comum. Daí o âmbito de incidência do processo comum ser delimitado por exclusão. É esta a organização do código do processo civil e foi esta a organização proposta por SÉRVULO CORREIA, em 2000, para o código de processo administrativo (vulgarmente conhecida por *matriz dualista*)¹⁷⁶.

52 – Em específico, o regime processual na aplicação da sanção pecuniária compulsória ao titular do órgão

Retomo a questão: a *distinção* e *conexão* entre a condenação do *titular do órgão* e a condenação da *administração pública* pode ou deve influenciar a concretização da forma de processo relativa à condenação do *titular do órgão*? Como já referido, uma resposta negativa afeta a efetividade da finalidade da SPC, enquanto uma resposta positiva implica a questão da forma de interconexão.

Embora (por razões de enquadramento jurídico-substantivo) eu a tenha juridicamente estruturado como finalidade indireta da SPC, a compulsão ao cumprimento (ou ao *terminus* do incumprimento) da decisão judicial por parte da *administração pública* constitui a finalidade nuclear *de facto* do instrumento; e a *tutela jurisdicional efetiva* do *autor processual* constitui o seu fundamento nuclear. Independentemente das dificuldades de enquadramento jurídico, o instrumento jurídico foi consagrado com vista a garantir, *de facto*, aquela tutela jurisdicional efetiva contra a *administração pública*. Ignorar este aspeto implicaria desprover o instrumento da capacidade para aquela prossecução. Processualmente é, portanto, necessário, sob pena de inutilidade do instrumento, garantir que o resultado do enquadramento jurídico-substantivo (condenação específica do *titular do órgão* pelo *seu* não cumprimento do *seu* dever jurídico de conduta) não afete negativamente a prossecução daquela tutela jurisdicional efetiva.

¹⁷⁶ SÉRVULO CORREIA, *Unidade ou Pluralidade de Meios Processuais Principais no Contencioso Administrativo*, 2000, pp. 513 a 531.

A conclusão constante da frase anterior impõe a necessidade de a condenação do *titular do órgão* estar submetida à garantia e efetividade da tutela jurisdicional em condenação distinta. E, conseqüentemente, a necessidade de conformação da respectiva forma de processo. Seria tal juridicamente admissível? Poder-se-ia conformar uma forma de processo, afetando negativamente a posição processual do réu, com vista à efetividade da tutela jurisdicional de certo autor processual em condenação anteriormente decorrida? O exposto nos pontos anteriores da presente subdivisão (A – *A conformação de um regime processual*) visou, precisamente, constituir um fundamento para a resposta. No meu entender, as formas de processo devem conformar a garantia e a efetividade da tutela jurisdicional do titular de pretensão juridicamente considerada e que pretenda recorrer a essa tutela.

Resta, então, e considerando os elementos de *interconexão* descritos, estabelecer a conformação da forma de processo envolvendo a condenação do *titular do órgão*, subjugando-a à prossecução da *tutela jurisdicional efetiva* do *autor processual* no litígio com a *administração pública*.

B – FORMAS DE INTERCONEXÃO *IN CASU* E RESPECTIVA CONFORMAÇÃO DA FORMA DE PROCESSO:

ANÁLISE E PROPOSTA

53 – A conformação e a disponibilidade da instância: Incidente da instância tipificado?

Nos termos do artigo 260.^o do CPC, sob a epígrafe *princípio da estabilidade da instância*, prevê-se que, *citado o réu, a instância deve manter-se a mesma quanto às pessoas, ao pedido e à causa de pedir, salvas as possibilidades de modificação consignadas na lei*¹⁷⁷. Poderá o *titular do órgão* intervir na instância a decorrer com vista a permitir, processualmente, a aplicação da SPC?

A questão pode ser triplamente perspetivada: (I) quanto aos momentos (a) de constituição do dever de conduta na sua esfera jurídica, (b) do eventual incumprimento desse dever e (c) da extinção da instância; (II) quanto ao enquadramento jurídico do regime de aplicação oficiosa da SPC, e (III) quanto aos

¹⁷⁷ O preceito apresenta a mesma letra desde a versão original do CPC/1961 – cf. o seu artigo 268.^o. A letra pouco difere da constante no artigo 268.^o do CPC/1939: *Citado o réu, a instância deve, em princípio, manter-se a mesma quanto às pessoas, ao objeto ou pedido e à causa de pedir*.

elementos constituintes dos incidentes da instância tipificados no CPC. Proceder-se-á, de seguida, a uma análise individualizada.

(I) SALVADOR DA COSTA refere a admissibilidade de “incidentes que não ocorrem no decurso da causa, mas depois do seu termo”¹⁷⁸⁻¹⁷⁹. Este entendimento causa significativas dificuldades jurídicas por já ter, nessas situações, ocorrido a extinção da instância. Entre outras causas, a extinção ocorre com o trânsito em julgado da decisão judicial¹⁸⁰, sendo este “o modo normal de extinção da instância”¹⁸¹. Ora, os prazos legais para cumprimento do dever de execução de decisão judicial que eventualmente recaia sobre a *administração pública* correm, regra geral, a partir do respetivo trânsito em julgado¹⁸², e, portanto, após a extinção da instância. No mesmo momento constitui-se igualmente, agora na esfera jurídica do *titular do órgão*, o dever jurídico de conduta, cujo incumprimento apenas poderá decorrer do incumprimento da *administração pública* do seu dever de execução. É, portanto,

¹⁷⁸ SALVADOR DA COSTA, *Os Incidentes da Instância*, p. 9.

¹⁷⁹ Para exemplificar o seu entendimento, SALVADOR DA COSTA refere a *reclamação da conta de custas* – SALVADOR DA COSTA, *Os Incidentes da Instância*, p. 9 –, sendo que inclusive o *Regulamento das Custas Processuais* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro; doravante, RCP) recorre ao conceito *incidente* (artigo 31.º, n.º 6) (embora não recorra ao conceito *incidente da instância*). No entanto, há a considerar que “a conta de custas é elaborada [...] no prazo de 10 dias após o trânsito em julgado da decisão final” (artigo 29.º, n.º 1, do RCP), procedendo-se posteriormente à sua notificação e começando a decorrer o prazo de 10 dias para a reclamação (artigo 31.º, n.º 1, do RCP).

A confusão causada pelo recurso a sinónimos ou a conceitos aparentemente semelhantes pode ser explicada pela falta de cuidado na exteriorização escrita da norma e pela “elegância do português jurídico”, de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (o professor isolou, com sucesso, um problema, com facilidade de propagação, na dimensão legislativa a que denominou “a elegância do português jurídico” – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo I*, p. 31; nas suas palavras, “o uso correto da língua portuguesa, quer oral, quer escrita, implica que se evitem repetições de palavras e cacofonias: seja na mesma proposição, seja em proposições próximas. [...] Esta exigência da nossa língua obriga a uma permanente procura de expressões sinónimas ou equivalentes. Pois bem: aí reside um problema suplementar para a decisão conceitual. [...] O problema não se põe noutros idiomas, como no alemão: aí, as boas regras não são feridas pela repetição de sons ou de palavras: um trunfo para a precisão jurídica do discurso, ainda que com prejuízo para a (nossa) sensibilidade. A própria elegância linguística que origina o problema deverá constituir a chave para a sua superação” – *Ibidem*).

Os conceitos em causa (*incidente* e *incidente da instância*) têm conteúdos distintos, não obstante os seus elementos representativos externos (as designações) serem similares. SALVADOR DA COSTA comete, a meu ver, o erro de, sendo as designações semelhantes, considerar o serem igualmente os respetivos conteúdos. Por começar a extravasar o objeto da dissertação não me pronunciarei mais sobre o tema, exceto para concluir, em suma, que (a) o conceito jurídico *incidente da instância* constitui apenas uma dimensão do conceito jurídico *incidente* e pode nem constituir qualquer dimensão do conceito extrajurídico *incidente*; (b) a conta de custas não é um *incidente da instância*, embora seja um *incidente*.

¹⁸⁰ Artigos 152.º, 607.º, 628.º, 613.º, n.º 1, e 277.º, alínea a), todos do CPC, aplicáveis *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

¹⁸¹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 1.º, p. 555.

¹⁸² Artigo 160.º, n.º 1, do CPTA.

saliente já ter ocorrido a extinção da instância aquando do primeiro momento de incumprimento imputável ao titular do órgão.

Admitir um incidente da instância após já ter ocorrido a extinção da instância deformaria a lógica e a construção jurídico-teórica do direito processual e causaria várias e significativas dificuldades práticas. Tem, portanto, de ser rejeitada.

Ademais, para o entendimento doutrinário que defende a *culpa*, a sua aferição seria impossível: como determinar a culpa numa conduta ilícita que ainda não ocorreu nem se tem conhecimento se vai ocorrer? E ainda que se admitisse uma presunção de culpa, como poderia o *titular do órgão* ilidi-la se ainda nem começou a correr o prazo de cumprimento do dever de conduta? Condenar o *titular do órgão* na decisão judicial na qual será ré a *administração pública* consubstanciaria uma condenação em momento concomitante com a constituição do dever de conduta que sobre si recairia (momento de notificação da sentença) e em momento anterior do incumprimento desse dever.

(II) A admissibilidade de aplicação oficiosa da SPC implica a anuência de, não tendo a aplicação do instrumento sido requerida pelo autor processual, o primeiro momento de consideração da sua aplicação por parte do tribunal (chamemos-lhe *momento analítico do tribunal*) poder não ser distinguível do momento de emissão da decisão judicial, o que, por decorrência, impossibilitaria a instauração de um incidente da instância com vista à sua aplicação.

Uma superação deste problema teria de passar por uma interpretação restrita do conceito *aplicação oficiosa*, impondo ao tribunal que o *momento analítico* para aplicação do instrumento apenas pudesse ocorrer em momento de admissibilidade legal de instauração de incidente da instância.

(III) Sem prejuízo do disposto em *(I)* e *(II)*, a problemática pode e deve ser ainda analisada por via do regime processual dos incidentes da instância previstos no Título II do Livro II do CPC (especificamente a intervenção de terceiros). O conceito-quadro *intervenção de terceiros* engloba a (a) intervenção principal, (b) a intervenção acessória e (c) a oposição. Serão, sucinta e individualmente, analisados nos parágrafos seguintes.

(a) Os incidentes *intervenção* (principal) *espontânea* e *intervenção* (principal) *provocada*¹⁸³ (agrupados sob o conceito-quadro *intervenção principal*) “abrange[m] todos os casos em que o terceiro se constitui *parte principal* em litisconsórcio com o autor ou o réu primitivo”¹⁸⁴ (itálico meu). Com efeito, o elemento das previsões normativas respeitante à legitimidade processual do terceiro é, por remissão expressa para o regime do litisconsórcio¹⁸⁵, a sua posição de parte na *relação material controvertida* objeto da ação judicial. Nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “a pluralidade de partes que caracteriza o litisconsórcio coincide, em princípio, com uma pluralidade de *titulares do objeto do processo*”¹⁸⁶ (itálico meu), sendo que o terceiro assume a posição de parte principal quando “faz valer um direito próprio ou se lhe é exigido o cumprimento de uma prestação ou o reconhecimento de um direito”¹⁸⁷. Ora, e independentemente da discussão doutrinária de o conceito *relação material controvertida* constante dos preceitos relativos ao litisconsórcio coincidir, ou não, com o conceito de mesma designação constante do artigo 30.º, n.º 3, do CPC (portanto, se a *relação controvertida* deve, para efeitos do litisconsórcio, ser determinada jurídico-objetivamente [ou seja, por recurso exclusivo a direito substantivo] ou por configuração do autor processual¹⁸⁸), há a considerar ter eu procedido, no capítulo anterior, ao enquadramento jurídico-substantivo de inter-relação do *titular do órgão* com a ação judicial (e não com a *relação material controvertida*).

O titular do órgão não é, assim, suscetível de assumir a qualidade de litisconsorte, de onde que (a) a sua configuração como parte processual aquando da proposição

¹⁸³ Regulados, respetivamente, nos artigos 311.º a 315.º e 316.º a 320.º do CPC, aplicáveis *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

¹⁸⁴ JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º*, p. 608.

¹⁸⁵ Cfr. os artigos 311.º a 316.º do CPC, *ex vi* o artigo 1.º do CPTA. O litisconsórcio encontra-se regulado nos artigos 32.º a 34.º do CPC, *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

¹⁸⁶ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, p. 151.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 174. Ainda, SALVADOR DA COSTA, *Os Incidentes da Instância*, p. 70.

¹⁸⁸ Sobre a exposição da problemática, JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º*, p. 56 (na transcrição são referidos os preceitos do CPC atualmente em vigor: “o recurso ao conceito de relação jurídica material controvertida na definição de litisconsórcio, só se harmonizaria com o disposto no art. [30.º, n.º 3] se se entendesse que o recorte da figura assenta exclusivamente na versão fáctica apresentada pelo autor, o que poria problemas delicados de articulação com o regime dos incidentes de intervenção de terceiros, *máxime* com o art. [261.º]. A questão que hoje se põe é se, não obstante o referido enquadramento, as figuras de pluralidade de partes, diretamente derivando dos regimes do direito substantivo, não gozam de total autonomia perante a figura da legitimidade processual, não obstante as referências que, ao regulá-las, o código a esta continua a fazer”.

da ação comportaria a sua absolvição quanto ao pedido e (b) o requerimento de intervenção pelo incidente em análise seria indeferido.

(b) Intervenção acessória¹⁸⁹ apresenta-se no quadro legislativo como conceito-quadro englobando três modalidades de incidentes, dos quais apenas relevam a intervenção (acessória) provocada¹⁹⁰ e a assistência¹⁹¹ (não releva o incidente *intervenção acessória do Ministério Público*).

O incidente *intervenção* (acessória) *provocada* tem por âmbito de aplicação as relações jurídicas entre réu processual e um terceiro em que o primeiro é titular de um direito subjetivo de regresso (*ação de regresso* na formulação sem rigor jurídico do legislador) e sobre o segundo recai a respetiva obrigação jurídica. A possibilidade de recurso a este incidente pode já ser excluída dado *in casu* o regime da SPC não se encontrar estruturado em torno de um direito subjetivo de regresso da *administração pública* sobre o *titular do órgão*.

Nota

A aplicabilidade do incidente poderia, no entanto, ser ponderada na hipótese de a compulsão da *administração pública* por compulsão do *titular do órgão* ser alcançada por via indemnizatória (de exercício obrigatório). Não obstante as finalidades *diretas* distintas (cariz essencialmente indemnizatório *versus* cariz essencialmente compulsório da SPC), o primeiro regime não deixa de integrar na sua natureza jurídica, como qualquer outro que preveja uma consequência desfavorável, um efeito compulsório (preventivo)¹⁹². Ao que acresce que o carácter obrigatório do exercício desse instrumento aumenta o seu grau compulsório.

Assim, um regime processual alternativo ao constante no artigo 169.º do CPTA poderia, de facto, consistir na aplicação da SPC sobre a *administração pública* complementada com direito de indemnização, de exercício obrigatório, sobre o *titular do órgão*. A hipótese ocorreu-me por análise do RRCEEP, cujo artigo 6.º, n.º 1, estipula a constituição, na esfera jurídica da *administração pública*, de um *direito de regresso obrigatório* (ou *dever de regresso*, na expressão de CARLA

¹⁸⁹ Artigos 321.º a 324.º do CPC quanto ao incidente *intervenção provocada* e artigos 326.º a 332.º do CPC quanto ao incidente *assistência*, todos aplicáveis *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

¹⁹⁰ Artigos 321.º a 324.º do CPC, aplicáveis *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

¹⁹¹ Artigos 326.º a 332.º do CPC, aplicáveis *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

¹⁹² Relembra-se, neste sentido, HANS KELSEN, *supra* citado no ponto 40.

AMADO GOMES¹⁹³) sobre, entre outros, o *titular do órgão* após ter sido condenada a indemnizar os danos advenientes de facto ilícito no exercício da função administrativa.

Como vantagens (comparativamente ao regime do artigo 169.º do CPTA) apresentaria (i) simples coerência jurídico-substantiva (essencialmente por denotar consciencialização na diferenciação das esferas jurídicas da *administração pública* e do *titular do órgão*) e (ii) simples concretização da tutela jurisdicional efetiva deste último (essencialmente por se encontrar densificado um regime jurídico que previsse a sua intervenção processual e concretizasse o exercício do seu direito subjetivo ao contraditório).

Como desvantagens seria possível discernir (i) um maior risco de ineficácia do instrumento (designadamente por inércia da *administração pública*, ainda que sobre si recaísse um dever jurídico de conduta [exercício do direito à indemnização]) e (ii) um menor grau compulsório (designadamente: por decorrência da consideração anterior; e por inexistência de uma execução da condenação em períodos curtos e repetitivos até efetivo cumprimento – no caso da SPC, a liquidação por trimestre).

A solução não seria, portanto, suscetível de garantir o mesmo grau compulsório que a SPC sobre o *titular do órgão*. Sendo possível um enquadramento jurídico (substantivo e processual) correto e adequado do regime previsto no artigo 169.º do CPTA, tem de ser rejeitada a solução de uma SPC sobre a *administração pública* associada a um direito de regresso.

No incidente *assistência* “o terceiro invoca um interesse ou uma relação material controvertida conexa ou dependente daquela que é discutida na ação entre as partes principais, com vista a auxiliar uma delas [...] para obstar ao prejuízo que indiretamente lhe possa advir da decisão proferida [...]”¹⁹⁴. Este instrumento *aparenta* utilidade para sustentar uma eventual intervenção do *titular do órgão*, mas em rigor não a tem. Isto pelo facto de o interesse jurídico que seria suscitado pelo *titular do órgão* para intervir na qualidade de assistente (a afetação da sua

¹⁹³ Sobre o tema, CARLA AMADO GOMES, *A Responsabilidade Pessoal e Institucional do Dirigente da Administração Pública no Quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro*, In *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, pp. 163 a 182.

¹⁹⁴ SALVADOR DA COSTA, *Os Incidentes da Instância*, p. 70.

propriedade privada patrimonial) não apresentar qualquer relação com a pretensão do *autor processual* ou da *administração pública*.

(c) Por fim, na *oposição*, seja espontânea ou provocada¹⁹⁵, o terceiro interviria *para fazer valer, no confronto de ambas as partes, um direito próprio, total ou parcialmente incompatível com pretensão deduzida pelo autor ou pelo reconvinte*¹⁹⁶. *In casu*, não se discerne qualquer pretensão *própria* do *titular do órgão*, que fosse juridicamente tutelável e/ou fosse incompatível com a pretensão deduzida pelo autor.

54 – Incidente da instância não nominado?

Não tendo sido a intervenção processual do *titular do órgão* possível nos termos do ponto anterior, questiona-se a possibilidade de a *sua* condenação poder decorrer como *incidente da instância não nominado* da ação judicial que condena a *administração pública*. Também esta questão pode ser triplamente perspectivada: (I) quanto aos momentos de (a) constituição do dever de conduta na esfera jurídica do *titular do órgão*, (b) eventual incumprimento e (c) extinção da instância; (II) quanto ao enquadramento jurídico da aplicação oficiosa da SPC, e (III) quanto aos elementos constituintes de um incidente da instância. Procederei, de seguida, a uma análise individualizada.

(I) Este tema foi já tratado em (I) do ponto anterior, para onde se remete. Em resumo, esta hipótese implicaria admitir um incidente da instância após já ter decorrido a extinção da instância.

(II) Tem total aplicabilidade o descrito em (II) do ponto anterior, para o qual igualmente se remete. Sumariamente, admitir, em simultâneo, a aplicação oficiosa da SPC e a intervenção incidental do *titular do órgão* implicaria uma intervenção restritiva daquela aplicação oficiosa nos termos de apenas poder ocorrer enquanto fosse possível a intervenção.

(III) Sem prejuízo das considerações em (I) e (II), a condenação do *titular do órgão* por via de incidente da instância poderia ainda ser perspectivada por análise dos elementos desse instrumento jurídico. É uma investigação relevante por servir como fundamento adicional para a conclusão da impossibilidade jurídica de recurso ao incidente da instância.

¹⁹⁵ Cfr., respetivamente, os artigos 333.º e 338.º do CPC, *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

¹⁹⁶ Letra do artigo 333.º, n.º 1, do CPC.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO referem¹⁹⁷ que “os incidentes [...] são procedimentos anómalos [comparativamente à tramitação normal da forma processual em causa¹⁹⁸], isto é, sequências de atos que exorbitam da tramitação normal do processo e têm, por isso, caráter eventual, visando a resolução de determinadas questões que, embora sempre de algum modo relacionadas com o objeto do processo, não fazem parte do encadeado lógico necessário à resolução do pleito tal como ele é inteiramente desenhado pelas partes”. A transcrição (um seguimento da doutrina de JOÃO DE CASTRO MENDES¹⁹⁹) mantém-se com a terceira edição do manual, em 2014, (de JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE²⁰⁰), tendo, no entanto, sido acrescentada a doutrina dos elementos para uma definição “rigorosa”²⁰¹ de *incidente da instância*: a *ocorrência acidental* e a *tramitação própria*²⁰².

No entanto, *in casu*, apresentam especial interesse, não esses elementos que sustentam a *autonomia do incidente da instância*, mas sim o elemento que impede a sua *distinção* face à instância de que são incidente (materializado, por aqueles autores, pela expressão *supra* transcrita “embora sempre de algum modo relacionadas com o objeto do processo” e, por EURICO LOPES CARDOSO, pela expressão “questão incidental”²⁰³). Não obstante a *questão incidental* ser caracterizada pela falta de pertença “ao encadeado de questões logicamente necessárias para a resolução do pleito tal como inicialmente [...] se desenha”²⁰⁴ e “exigir para [a] sua solução uma tramitação própria e autónoma”²⁰⁵, tem-se que essa *questão incidental* apresentará sempre uma relação indireta com o objeto do processo. Ora, *in casu*, nenhum dos elementos passíveis de ser considerados, e que envolvam o *titular do órgão*, é suscetível de estabelecer tal conexão com a *relação material controvertida* objeto do processo, ainda que indiretamente.

¹⁹⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º*, p. 180 e novamente nas pp. 458 e 459.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 17.

¹⁹⁹ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil*, p. 198.

²⁰⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º*, 2014, p. 178.

²⁰¹ *Idem*, p. 575.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Manual dos Incidentes da Instância em Processo Civil*, p. 198.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*.

55 – Apensação de ações?

Como terceira hipótese de estabelecimento de uma interconexão processual, poder-se-ia equacionar o instrumento jurídico *apensação de ações*²⁰⁶. A construção superaria os dois primeiros obstáculos com que as duas primeiras hipóteses se depararam (vejam-se (I) e (II) dos pontos 53 e 54): poderia apenas ocorrer após os momentos de constituição do dever de conduta na esfera jurídica do *titular do órgão*, e eventual incumprimento, e permitiria enquadrar o regime de aplicação oficiosa da SPC.

A estatuição legalmente prevista para o instrumento tem como previsão normativa (i) a instauração separada de ações e (ii) a possibilidade da sua reunião com recurso a um critério de unidade por via da verificação virtual dos pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção. O instrumento apresenta, portanto, uma finalidade concreta com uma densificação do seu conteúdo (e do regime processual subjacente) muito restrita. Este género de construções apresenta baixíssimo grau de mutabilidade e elevadíssima incapacidade de adaptação a novas realidades. Foi o que sucedeu *in casu*, com a sua absoluta inaplicabilidade: o *titular do órgão*, não tendo conexão com a relação material controvertida, não cumpre os elementos constituintes da previsão para as qualidades de litisconsorte, coligado ou opositor nem pode assumir a posição de parte ativa ou passiva na reconvenção²⁰⁷.

56 – Enquadramento Conclusivo

O conceito extrajurídico *incidente* é útil para descrever a conexão entre a condenação da *administração pública* e a do *titular do órgão*. No entanto, o conteúdo daquele conceito não coincide com o do conceito jurídico *incidente da instância* e neste não foi possível integrar a SPC. Procurou-se, de seguida, um instrumento alternativo (a *apensação de ações*) que, no entanto, apresenta um conteúdo jurídico rígido e inaplicável *in casu*.

É curioso verificar, e importante realçar, que o direito processual administrativo consagra um instrumento que não consegue sistematicamente enquadrar nem explicar. Dificuldade que se estende ao direito processual civil. A SPC é um

²⁰⁶ Previsto no artigo 267.º do CPC, aplicável *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

²⁰⁷ Os instrumentos jurídicos encontram-se previstos e regulados nos seguintes artigos do CPC: **litisconsórcio**: artigos 32.º a 35.º; **coligação**: artigos 36.º a 38.º; **oposição**: artigos 333.º a 350.º; **reconvenção**: artigo 583.º.

instrumento processualmente à deriva. Esta situação nunca foi realmente consciencializada pela razão de nunca ter sido profundamente analisada a posição jurisdicional do *titular do órgão*. Perante este impasse, a minha solução, e que será exposta nos pontos seguintes, teve de ocorrer do seguinte modo:

- *Primo*, a edificação de uma condenação do *titular do órgão* (condenação *B*) distinta e autónoma da condenação da *administração pública* (condenação *A*);
- *Secundo*, o estabelecimento de uma interconexão entre as condenações imposta pela, e por via da, natureza jurídica da SPC (especificamente, a sua dimensão compulsória sobre a *administração pública*), permitindo estruturar a condenação *B* como *incidente* (conceito extrajurídico) da condenação *A* (ainda que incidente temporalmente posterior), e, conseqüentemente, admitindo a subordinação da sua forma de processo à efetividade da tutela jurisdicional do *autor processual* na condenação *A*.

A construção deparar-se-á com dificuldades (destacando-se a determinação do *autor processual* e a concretização do *impulso processual inicial*), cujas soluções apresentadas poderão ser, para o júri, arrojadas. Por essa razão, ressalva-se que, além de não ter discernido melhor solução jurídica, os princípios orientadores na materialização das soluções que se seguirão foram (i) a *otimização* da utilidade do instrumento, (com vista à prossecução da *tutela jurisdicional efetiva* do *autor processual* perante a *administração pública*), procurando a sua eficiência e funcionalidade e, relativamente à respetiva forma de processo, celeridade e simplicidade, sem (ii) prejudicar a tutela jurisdicional do *titular do órgão* (que é, aliás, o objeto desta dissertação). Assim, a *otimização* que se visou alcançar deve ser entendida no âmbito desta bipolarização, que, metaforicamente, manifesta forças gravitacionais opostas. O seu grau de concretização tem, necessariamente, de se movimentar entre os polos procurando um *ponto de equilíbrio*. Tudo sob pena de inviabilidade sistemático-processual do instrumento. O *ponto de equilíbrio* encontrado representa o *ponto de otimização* do instrumento para o *autor processual* perante a *administração pública* sem prejudicar a tutela jurisdicional do *titular do órgão*.

57 – Posição adotada: O *prosseguimento da ação*

O RRCEEEP consagra um regime processual que apresenta especial interesse para iniciar o presente ponto. Nos termos do seu artigo 8.º, n.º 4, tendo a administração pública sido condenada em responsabilidade civil extracontratual (por via de culpa leve cuja presunção está prevista no artigo 10.º, n.º 2, do mesmo diploma) *sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular do órgão, funcionário ou agente envolvido, a respetiva ação judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa coletiva de direito público e o titular do órgão, funcionário o agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela*. Como refere RAQUEL CARVALHO, “a solução aqui vertida implica não uma nova ação, mas o prosseguimento da ação de responsabilidade civil”²⁰⁸.

O *prosseguimento da ação* foi, no entanto, inserido no ordenamento jurídico português pela marcante reforma do direito processual civil em 1995. No que JOSÉ LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO denominaram “uma situação inédita no nosso direito processual”²⁰⁹, o Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, alterou o artigo 329.º do CPC/1961, relativo ao incidente da instância *intervenção provocada*, acrescentando, no que releva, o seu n.º 3 nos termos do qual, em obrigação solidária, tendo sido judicialmente demandando apenas um dos co-devedores (denominado *réu primitivo*), e tendo este requerido intervenção provocada dos restantes, é (verificadas certas especificações) o primitivo réu *logo condenado no pedido no despacho saneador, prosseguindo a causa entre o autor do chamamento e o chamado, circunscrita à questão do direito de regresso* (transcrição da norma). Apenas 12 anos depois teve o instrumento jurídico-processual uma segunda concretização, desta vez em direito administrativo e isolado entre normas de direito substantivo. Trata-se do referido artigo 8.º, n.º 4, do RRCEEEP. O *prosseguimento da ação* aí previsto tem, no entanto, sido duramente criticado, levando inclusive CARLA AMADO GOMES a referir que “vai muito além dos resultados processualmente admissíveis”²¹⁰ e que “a disposição suscita-nos as maiores

²⁰⁸ RAQUEL CARVALHO, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, p. 237.

²⁰⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º*, p. 629.

²¹⁰ CARLA AMADO GOMES, in: *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito: Reflexões Avulsas sobre o Novo Regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro*, p. 72; A

dúvidas quanto à sua exequibilidade”²¹¹. Como dificuldades foram salientadas: a inexistência de poderes do tribunal para fazer prosseguir oficiosamente a ação (RAQUEL CARVALHO²¹² e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA²¹³) e consequente necessidade de impulso processual; e a total modificação objetiva e subjetiva da instância ou a extinção da instância após a decisão judicial (CARLA AMADO GOMES²¹⁴). Como se procurará demonstrar, o *prosseguimento da ação* apresenta-se, finalmente, como o instrumento suscetível de proporcionar enquadramento jurídico-processual entre as condenações da *administração pública* e do *titular do órgão*. Às dificuldades doutrinariamente suscitadas no âmbito do RRCEEP serão apresentadas soluções nos pontos seguintes. Tais soluções serão, no entanto, exclusivas à extrapolação do instrumento para a aplicação da SPC (a sua aplicabilidade no RRCEEP, embora viável, não será densificada nesta dissertação dado poder necessitar de especificidades cuja consciencialização e superação apenas sejam alcançadas por estudo autónomo).

58 – Concretização *ad hoc* do *prosseguimento da ação*

A resolução jurisdicional de um litígio pode comportar várias *instâncias*. Como referem JOSÉ LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO “denomina-se instância a relação jurídica, por natureza dinâmica, existente entre cada uma das partes e o tribunal, bem como entre as próprias partes, na pendência da causa”²¹⁵⁻²¹⁶. Assim, além da *instância declarativa* existem, embora não sejam conceitos vulgarizados, a *instância de recurso* e a *instância executiva*.

Como já referido no ponto anterior, a consideração do *prosseguimento da ação* como instrumento de prolongamento de uma instância pode levar (e tem levado) a dificuldades jurídico-processuais. Mas tais dificuldades não se materializam caso se considere o instrumento, não como afetando a instância a decorrer (prolongando-a e catalisando a sua deformação), mas sim como elemento de

Responsabilidade Pessoal e Institucional do Dirigente da Administração Pública no Quadro da Lei 67/2007, de 31 de dezembro, p. 171.

²¹¹ *Idem*, pp. 73; *Ibidem*.

²¹² *Idem*, p. 239.

²¹³ *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades públicas Anotado*, p. 177.

²¹⁴ *Ibidem*; *Idem*, pp. 171 e 172.

²¹⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º*, p. 505.

²¹⁶ Veja-se, ainda, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico, Volume I*, pp. 794 e 795.

concretização processual (por via de *inter-relação* processual, e não de *união ou diluição processual*) de uma *inter-relação extraprocessual* previamente existente entre dois ou mais litígios a carecerem de tutela jurisdicional.

In casu, o *elemento extraprocessual* consubstanciar-se-á num dos elementos constituintes da natureza jurídica da SPC: o seu carácter compulsório sobre certa esfera jurídica (a administração pública). E a *inter-relação processual* configurada pelo *prosseguimento da ação* materializar-se-á na estruturação de uma instância temporalmente posterior àquela na qual fora condenada a *administração pública*. O resultado final é inovatório, e embora possa causar perplexidade inicial, não deverá causar dificuldades de admissibilidade: na mesma ação judicial decorrem duas instâncias (temporalmente sequenciais) com forma de processo declarativo. Não viola qualquer princípio constitucional ou infraconstitucional.

De seguida, proceder-se-á à densificação de alguns dos seus elementos.

59 – O objeto do processo no *prosseguimento da ação*

A destriça entre instâncias admite a exploração de uma ação judicial com pluralidade de objetos de processo estruturados em instâncias. Com efeito, verificar-se-ia (i) uma instância conformada pela *administração pública* na qualidade de ré e em cuja decisão judicial seria eventualmente condenada no âmbito do objeto do processo tal como até aí conformado, e (ii) uma segunda instância na qual seria réu o *titular do órgão* e em cuja decisão judicial seria eventualmente condenado pelo *seu* incumprimento do *seu* dever jurídico de conduta decorrente.

Tal construção supera todos os obstáculos com que se depararia uma doutrina de recurso ao incidente da instância:

- Não gera a problemática das consequências jurídicas da extinção da instância, designadamente o esgotamento do poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa (artigo 613.º, n.º 1, do CPC), – problema *supra* descrito em (I) nos pontos 53 e 54 e salientado por CARLA AMADO GOMES no âmbito do regime do RRCEEP (*supra*, ponto 57) – dado estar-se no âmbito de uma instância distinta e posterior;
- Permite enquadrar o regime de aplicação oficiosa da SPC, – problema *supra* descrito em (II) nos pontos 53 e 54 – superando a problemática de a

condenação por incumprimento ocorrer antes da constituição do dever jurídico de conduta incumprido: e,

- Não suscita qualquer dos problemas *supra* descritos em (III) nos pontos 53 e 54 referentes aos regimes jurídicos da instância, especialmente as limitações legais relativas às suas modificações objetivas e subjetivas (estas suscitadas por CARLA AMADO GOMES no âmbito do regime do RRCEEEP (*supra*, ponto 57)).

60 – O autor processual e o impulso processual inicial no prosseguimento da ação: A teoria do efeito reflexo

A solução não é, no entanto, isenta de dificuldades.

Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do CPC²¹⁷ *o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes [...]*²¹⁸. Associado a uma “ideia de disponibilidade de tutela jurisdicional”²¹⁹, a primeira manifestação do preceito (*primeira* numa perspetiva de manifestação temporal) “traduz-se na liberdade de decisão sobre a instauração do processo [...] sem que o tribunal se lhe possa substituir neste impulso processual inicial”²²⁰. A esta dimensão do princípio se tem designado “ónus do impulso processual inicial”²²¹.

A exigência de um impulso processual no *prosseguimento da ação* tem sido discutida no regime da RRCEEEP. No entendimento de RAQUEL CARVALHO (referindo-se às situações em que não ocorreu prévia intervenção processual do titular do órgão, funcionário ou agente), “não pode o juiz provocar a intervenção de sujeito potencialmente processual e fazer prosseguir oficiosamente a ação”, entendendo a autora que, aqui, teria a administração pública de “propor a ação”²²². No mesmo sentido CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, segundo o qual “o prosseguimento do processo [...] ano poderá ser determinado automática e oficiosamente pelo juiz, visto que depende da oportunidade do chamamento, para

²¹⁷ Aplicável ao direito processual administrativo *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

²¹⁸ A parte citada do preceito apresenta a mesma letra desde a versão original do CPC/1939: cfr. a primeira frase do seu artigo 3.º e a primeira parte do n.º 1 do artigo 3.º do CPC/1961.

²¹⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, p. 157.

²²⁰ *Idem*, p. 156. Ainda, JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º*, p. 6.

²²¹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Ibidem*; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, p. 59.

²²² Relativamente às duas transcrições, RAQUEL CARVALHO, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, p. 239.

os subsequentes termos da causa, do titular do órgão, funcionário ou agente responsável. Sob pena de uma flagrante violação do princípio do contraditório, o processo apenas poderá prosseguir, para o aludido efeito, com a intervenção do interessado e esta apenas pode ocorrer através de requerimento autónomo que venha a ser deduzido pelo primito réu”²²³. No direito processual civil o problema nunca foi suscitado dado que o co-devedor já tem uma posição processual pré-estabelecida. *In casu*, não podendo nunca o titular do órgão intervir na ação de condenação da administração pública, o problema é perceptível: o que originará a instauração da segunda instância?

Teoricamente podemos discernir três hipóteses: (I) a aplicação tradicional do ónus do impulso processual, fazendo depender a instauração da instância de ato expreso do titular da pretensão de aplicação da SPC; (II) a superação (por abandono) do princípio do ónus do impulso processual na instância com vista à aplicação da SPC; e (III) o que denominarei de *teoria do efeito reflexo* (uma forma de aplicação mitigada do ónus do impulso processual por extensão do exercício da tutela jurisdicional efetiva do *autor processual* já ocorrido com a instauração da instância na qual é ré a *administração pública*). De seguida, analisar-se-á cada hipótese individualmente.

(I) O entendimento tradicional de um impulso processual *expreso* apresentaria a complexização e anti celeridade do sistema processual eventualmente existente e, conseqüentemente, do seu caráter prejudicial para a efetividade da tutela jurisdicional do titular de uma pretensão legalmente reconhecida contra a *administração pública*; embora o fundamento do ónus do impulso processual continue a justificar a sua permanência como princípio geral do direito processual (inclusive o administrativo), casos há em que a prossecução de outros princípios (de igual ou maior relevância) pode consigo entrar em conflito exigindo uma harmonização (seja por mutação [interpretação extensiva ou restritiva], seja por regime especial de não aplicabilidade de um dos princípios).

In casu há a considerar: (i) o instrumento jurídico *SPC* ter unicamente por fundamento a efetividade da tutela jurisdicional acima mencionada, pelo que uma complexização e demorada tramitação processual na sua aplicação prejudicaria ou impediria a utilidade desse instrumento, afetando negativamente a *efetiva*

²²³ *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, p. 177.

prosseção daquela tutela; (ii) a exigência de um impulso processual *expresso* tornaria complexa e demorada essa tramitação, sendo, também por esta perspectiva, suscetível de provocar os efeitos nefastos mencionados em (i); e (iii) o princípio *tutela jurisdicional efetiva* ser unanimemente considerado um dos princípios-basilar da sociedade portuguesa atual e tem consagração constitucional expressa.

(II) A hipótese de superação do princípio de impulso processual inicial não apresenta, relativamente à hipótese (III), diferença de base na prática (ambas determinariam pela inexigência de um impulso processual *expresso*), implicando essencialmente uma variação no enquadramento jurídico. E é neste enquadramento que a hipótese agora em análise apresentaria dificuldades, dado implicar que o tribunal pudesse, oficiosamente, proceder ao início da instância. Com efeito, e ainda que se sustentasse que o CPTA (por força do seu artigo 3.º) eventualmente admitisse um regime excecional de não aplicação do princípio, tal violaria o entendimento estrutural do atual direito processual português dado (i) afetar a qualidade da tutela jurisdicional efetiva como *direito subjetivo*; (ii) diminuir o grau de disponibilidade da instância por parte do potencial *autor processual*; e (iii), por decorrência dos anteriores, afetar negativamente a prosseção da *sua* pretensão, dado que a deixou de conformar plenamente.

(III) A minha insatisfação com os resultados advenientes das possibilidades descritas em (I) e (II) levou à procura de uma solução que proporcionasse, em simultâneo, a exploração das vantagens de ambas as propostas e a superação das suas desvantagens. O resultado foi a consideração da pretensão do autor processual tal como por si conformada na primeira instância, sem que se exigisse uma segunda manifestação expressa dessa pretensão. Procurou-se, assim, *refletir* aquela pretensão até à segunda instância. **(a)** O seu conteúdo integrará, desde logo, as situações em que o *autor processual* tenha requerido a aplicação da SPC (relembra-se que tal significa apenas a pretensão de notificação da decisão judicial ao *titular do órgão* com vista à constituição de um dever jurídico de conduta na *sua* esfera jurídica). **(b)** Mas *quid juris* quando a aplicação da SPC não constitua o pedido do autor processual, sendo o dever jurídico de conduta constituído oficiosamente pelo tribunal? Podemos discernir três grupos de hipóteses:

- A não admissibilidade de aplicação oficiosa da SPC (eliminando a situação *(b)*), e a aplicação da *teoria do efeito reflexo* às situações *(a)*;
- O estabelecimento de uma construção bipolar em que nas situações *(a)* aplicar-se-ia a *teoria do efeito reflexo*, enquanto nestas situações *(b)* aplicar-se-ia a hipótese *(I)* (entendimento tradicional do ónus do impulso processual) ou a hipótese *(II)* (inaplicabilidade de impulso processual); ou,
- Um enquadramento jurídico unipolar por via de um desenvolvimento de conteúdo (por extensão) da *teoria do efeito reflexo* com vista a permitir enquadrar, quer as situações *(a)*, quer as situações *(b)*; tal extensão traduzir-se-ia na *reflexão* do impulso processual do *autor processual* na primeira instância, presumindo-se que essa *pretensão de tutela jurisdicional* integraria uma *pretensão de total efetividade* dessa tutela, que o tribunal deveria garantir através do exercício dos seus poderes (designadamente por via da aplicação oficiosa da SPC).

Relativamente à primeira hipótese, não tem suscitado dúvidas doutrinárias a possibilidade de o tribunal aplicar oficiosamente a SPC²²⁴. Neste sentido, e exemplificadamente, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA²²⁵, CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA²²⁶ e CECÍLIA ANACORETA CORREIA²²⁷, não tendo eu encontrado texto com entendimento distinto. Aqueles autores não referem, no entanto, o fundamento para o seu entendimento. A letra da lei *parece* apresentar dois fundamentos: o recurso ao conceito *oficiosamente* nos artigos 3.º, n.º 2, e 95.º, n.º 4, do CPTA²²⁸; e o texto *os tribunais administrativos asseguram [...] os meios declarativos urgentes necessários à obtenção da tutela adequada [...] os meios cautelares destinados à salvaguarda da utilidade das sentenças a proferir nos processos declarativos [...] [e] a execução das sentenças* – este texto resulta da conjugação dos n.ºs 3 e 4 do artigo 3.º do CPTA. O primeiro fundamento é meramente aparente: uma leitura cuidadosa de ambos os preceitos permite denotar que, segundo a sua letra, o tribunal administrativo pode (i) fixar *oficiosamente* um prazo para o cumprimento e (ii) aplicar, quando tal se justifique, sanções pecuniárias compulsórias. Este aspeto,

²²⁴ A título exemplificativo, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 128.

²²⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, p. 510.

²²⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 33.

²²⁷ CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A Tutela Executiva dos Particulares*, p. 389.

²²⁸ Uma terceira referência encontrava-se no atualmente revogado artigo 44.º do CPTA.

sendo perceptível no artigo 3.º, n.º 3, é nítido no artigo 95.º, n.º 4. Para que, por via do critério *letra da lei*, o conceito *oficiosamente* se aplicasse também às previsões do poder do tribunal em aplicar a SPC, teria de preceder o verbo *fixar*. A letra da lei não impõe, portanto, o caráter *ex officio* da aplicação do instrumento (embora também não proíba uma interpretação nesse sentido). O segundo fundamento é significativamente mais relevante. Como referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA ele denota “que os tribunais administrativos passam a ser *auto-suficientes* [...] dispondo dos instrumentos estruturalmente executivos necessários para garantir a produção dos efeitos práticos e jurídicos da sua sentença e para compelir a administração a respeitá-los”²²⁹ (itálico meu). A finalidade subjacente é fazer recair sobre os tribunais um poder de iniciativa (e de determinação do seu conteúdo) de salvaguarda da utilidade e cumprimento das decisões judiciais, visando a prossecução da efetividade da tutela jurisdicional do *autor processual*. Trata-se de um entendimento coerente e que garante maior eficácia e utilidade do sistema jurisdicional. É, assim, por mim defendida a aplicação oficiosa da SPC e, conseqüentemente, rejeitada a primeira hipótese.

Relativamente à segunda hipótese, a aplicação, aos casos (b), das soluções (I) ou (II) implicaria a manifestação dos efeitos que já *supra* levaram ao seu abandono. Também esta hipótese é, portanto, rejeitada.

Resta a terceira hipótese: um desenvolvimento de conteúdo (por extensão) da *teoria do efeito reflexo* com vista a permitir enquadrar os casos (b). Assim, enquanto nos casos (a) o autor processual requereu a aplicação da SPC, demonstrando expressamente a pretensão de a sua tutela jurisdicional incluir o recurso a esse instrumento, nos casos (b) a aplicação oficiosa da SPC decorre do entendimento do tribunal quanto à utilidade da sua aplicação para o cumprimento das decisões judiciais. A *teoria do efeito reflexo* sustentar-se-ia na pretensão expressa do autor processual nos casos (a) e do entendimento do tribunal da melhor forma para salvaguarda da utilidade e cumprimento das decisões judiciais nos casos (b). Ambas as manifestações constituiriam o impulso processual necessário para a instauração da instância relativa à condenação do *titular do órgão*. Esta apresenta-se, no meu entender, a melhor solução (seja por mérito próprio, seja por desmérito das restantes), sendo por mim a adotada.

²²⁹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 130.

61 – Enquadramento conclusivo

Todos os elementos se encontram, de momento, abordados para se determinar a forma de processo. De facto, procurei, em primeiro lugar, (i) isolar a tramitação processual da condenação do *titular do órgão* da tramitação processual da condenação da *administração pública*, o que fiz determinando regimes jurídico-substantivos próprios. Procurou-se, de seguida, (ii) garantir a sua *inter-relação material* (por via do estabelecimento de elementos de interconexão) e, posteriormente, (iii) determinar a sua inter-relação processual; em ambas as concretizações foi prosseguido o objetivo de garantir a efetividade na prossecução da finalidade da SPC (a tutela jurisdicional do *autor processual* na pretensão jurídica contra a *administração pública*) sem prejudicar a tutela jurisdicional do *titular do órgão*. As fases podem ser resumidas por recurso aos seguintes conceitos: (i) isolamento jurídico-substantivo; (ii) inter-relação material; (iii) inter-relação processual. Em suma, procurou-se o *afastamento* para permitir a *aproximação* (recorre-se ao conceito *aproximação* com vista a salientar a dissonância do entendimento, até então vigente, de *indistinção* entre a condenação da administração pública e a condenação do titular do órgão e que esta dissertação pretende criticar). O resultado dessa aproximação foi a mudança do paradigma, (a) abandonando a *união* (consequência da *indistinção*) nas condenações da *administração pública* e do *titular do órgão* e (b) prosseguindo a *inter-relação* (consequência da *aproximação*) nessas condenações. Essa é, no meu entender, a melhor forma de garantir o exercício efetivo da *tutela jurisdicional* do titular do órgão sem prejudicar a efetividade da *tutela jurisdicional* do autor processual. Processualmente, as dificuldades causadas pela *aproximação* e pela *inter-relação* foram superadas pela transposição e reestruturação da *teoria do prosseguimento da ação* e pela criação da *teoria do efeito reflexo*. Ambas as soluções são, a meu ver, úteis, aptas e as melhores de todas as soluções por mim consideradas.

62 – A forma de processo especial: O princípio da adequação formal e o processo urgente principal

Chegados aqui, cabe, por fim, definir o regime processual que, decorrente da inter-relação, conformará a condenação do *titular do órgão*. Considerando o grau de

inovação da proposta, não existe, em direito processual constituído (administrativo ou civil), forma de processo expressamente delineada para o efeito. No entanto, é passível de ser edificada mesmo em direito constituído.

(I) O corolário dessa edificação surge no princípio *adequação formal* em cujo preceito normativo de previsão consta como primeira concretização o dever do juiz em *adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa*²³⁰.

Trata-se de uma inovação processual introduzida pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, no CPC/1961²³¹ (denotando, uma vez mais, a importância da reforma processual civil em 1995) alterando o paradigma, até então vigente, “de acordo com o qual a forma de processo era rigidamente determinada pela lei, não podendo [regra geral] ser afastada”²³². Com a reforma, “quando a forma legal não se adequar às especificidades do caso concreto, deve o juiz [...] adaptar a tramitação prevista na lei”²³³. Com as alterações ao CPTA pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro, especificamente a revogação da forma de processo *ação administrativa comum*, o princípio *adequação formal* adquiriu, no direito processual administrativo, especial importância. Trata-se, no entanto, de um instrumento que “tem tanto de aliciante para a realização da justiça [...], como de ameaçador para as garantias²³⁴”. Na presente dissertação manifestar-se-á na vertente positiva.

In casu, a *especificidade* relevante é a inter-relação *supra* delineada (substantiva e processual). A *adequabilidade* da adaptação da tramitação processual a essa especificidade é determinada pela aptidão dessa tramitação em concretizar e garantir as necessidades (materiais e processuais) integrantes e decorrentes daquela especificidade. Tais necessidades materializam-se, *in casu*, pela *urgência*: o carácter compulsivo da SPC implica a efetivação dos seus efeitos o quanto antes; a sua aplicação tardia incapacitaria a produção do efeito compulsório pretendido e, conseqüentemente, traduziria a inutilidade do instrumento. A urgência concretiza-se por necessidades de *celeridade e simplicidade*.

²³⁰ Artigo 547.º, primeira parte, do CPC, *ex vi* o artigo 1.º do CPTA.

²³¹ A alteração concretizou-se por aditamento do artigo 265.º-A.

²³² JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º*, p. 512.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ PEDRO MADEIRA DE BRITO, *O Novo Princípio da Adequação Formal*, p. 31.

(II) Ora, existe em direito constituído uma forma de processo especificamente delineada para a garantia dessas necessidades: a forma de processo urgente. Importa, assim, averiguar se tal direito constituído permite a formulação processual para a aplicação da SPC; ou, por outras palavras, se a *tipificação nominativa* das formas de processo urgente constitui um *numerus clausus*. A resposta consta no artigo 36.º, n.º 1, primeira parte do prólogo, do CPTA, que pode ser traduzido pelas palavras de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE: “a enumeração legal não implica o estabelecimento de um *numerus clausus* que exclua a possibilidade de outros processos revestirem carácter urgente”²³⁵.

Tudo o que se seguiria seria a descrição da forma de processo e eventual análise da manifestação *ad hoc* além do regime essencialmente resumido no artigo 36.º, n.º 4, do CPTA. No entanto, tal extravasa o objeto da dissertação (a tutela jurisdicional efetiva do *titular do órgão*), apenas restando a pronúncia de um elemento nuclear desse objeto: a dimensão do direito de defesa do *titular do órgão*.

63 – A dimensão do direito de defesa do titular do órgão

A questão aparentaria iniciar-se com uma análise do estipulado no artigo 169.º, n.º 6, do CPTA que tem a seguinte letra: *no âmbito da liquidação, o titular do órgão pode deduzir oposição com fundamento na existência de causas de justificação ou de desculpação da conduta*). Trata-se de um texto inserido com a alteração efetuada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro, e que não tinha precedente equivalente dado não se regular especialmente, antes da alteração legislativa, qualquer forma de intervenção do *titular do órgão* aquando da aplicação da SPC. Embora o aparente, a alteração legislativa não vem, no entanto, solucionar o problema, pois, como *infra* referirei, o preceito deverá ser integrado no âmbito de uma instância executiva (relativa à condenação do *titular do órgão* e não da *administração pública*). A sua aplicabilidade na instância declarativa agora em análise encontra-se, assim, eliminada. Consequentemente, resulta a conclusão de inalteração, entre o momento anterior e posterior à alteração legislativa de 2015, de uma situação de *ausência de regime jurídico especial* relativo ao direito de defesa do *titular do órgão* na instância declarativa.

²³⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, p. 221.

Nesse sentido, o regime legal de exercício do direito ao contraditório é o previsto nos termos da ação administrativa com os prazos reduzidos a metade – artigo 36.º, n.º 4, do CPTA. Conclui-se, então, que o *titular do órgão* não se encontra adstrito, na fase declarativa condenatória, a deduzir causas de justificação ou de desculpação da conduta.

β. O processo executivo: A “liquidação”

64 – Posição adotada

A imposição legal da intervenção do tribunal (*liquidação* na letra da lei) para a aplicação da SPC em períodos consecutivos de 3 meses e a final (artigo 169.º, n.º 5, do CPTA) e o meu entendimento de estar em causa uma ação declarativa de condenação gera uma questão: estar-se-ia perante uma cascata de ações de condenação? Este aspeto poderia causar, *ab initio*, perplexidade. Mas não violaria qualquer princípio ou preceito, seja constitucional ou infraconstitucional. Os fundamentos da minha não adoção desse entendimento são, portanto, outros: economia processual; praticabilidade e utilidade do instrumento; e desnecessidade.

Assim, a primeira intervenção judicial, após o incumprimento da *administração pública* do dever jurídico de cumprimento da decisão judicial, consistirá em ação declarativa condenatória do *titular do órgão* por incumprimento, objetivamente imputado, do *seu* dever jurídico de conduta. Tal ocorrerá no âmbito da interpretação extensiva do artigo 169.º, n.º 1, do CPTA tal como delineada na presente dissertação.

À condenação judicial do *titular do órgão* está, no entanto, associado um processo executivo, previsto, agora sim, no artigo 169.º, n.º 5, do CPTA, a que o legislador conferiu uma dimensão de *liquidação* apenas precedida de um *direito ao contraditório* pelo *titular do órgão* consubstanciado na apresentação de *causas de justificação ou de desculpação da conduta* ^(letra da lei).

Impõem-se três notas adicionais:

- O processo executivo no âmbito da condenação do *titular do órgão* apresenta a particularidade de ocorrer periodicamente (trimestralmente) até que o executado ponha termo ao incumprimento;

- Esse processo executivo não se confunde com as três formas de processo executivo admissíveis no âmbito da condenação da *administração pública* (execução para prestação de factos ou de coisas; execução para pagamento de quantia certa; execução de sentenças de anulação de atos administrativos); é, assim, meu entender que o CPTA prevê quatro, e não três, formas de processo executivo; e,
- Ao processo de execução relativo à condenação do *titular do órgão* não se deve igualmente exigir impulso processual expresso, tendo igualmente aplicabilidade a *teoria do efeito reflexo*.

γ. A imposição da sanção pecuniária compulsória antes da decisão judicial (artigos 78-A, n.º 3, e 84.º, n.º 5, do CPTA): uma especificidade?

65 – Enquadramento inicial

Nos termos do artigo 78.º-A, n.º 3, do CPTA, o incumprimento, pela *administração pública*, da intimação para fornecer ao tribunal a informação dos contrainteressados não conhecidos pelo autor processual, determina a aplicação (oficiosa ou a requerimento) de uma SPC. E nos termos do artigo 84.º, n.º 5, do mesmo diploma, o não cumprimento, pela *administração pública*, do dever jurídico que sobre si recai de, com a contestação, enviar o processo administrativo e elementos conexos, pode determinar a aplicação (igualmente oficiosa ou a requerimento) de uma SPC.

Estes preceitos apresentam uma variação significativa comparativamente às normas até aqui analisadas: a aplicação da SPC ocorre antes da decisão judicial e, portanto, no decorrer da instância na qual é ré a *administração pública*.

Mas mesmo entre si os dois casos apresentam significativas diferenças:

- Enquanto o primeiro exemplo visa impelir ao cumprimento de uma ordem do tribunal, o segundo visa impelir ao cumprimento de um dever jurídico instituído por lei;
- Enquanto o segundo exemplo visa exclusivamente (a par dos casos gerais de aplicação da SPC) a efetividade da tutela jurisdicional do *autor processual*, o

primeiro visa, igualmente, garantir a tutela jurisdicional dos contrainteressados²³⁶; e,

- Enquanto no segundo caso a lei parece determinar a *possibilidade* de o tribunal empregar a SPC, o primeiro caso parece consagrar a *obrigatoriedade* de aplicação.

Não podendo, nestes casos, seguir-se o entendimento de uma instância temporalmente posterior àquela na qual foi ré a administração pública, *quid juris* quanto à sua tramitação processual?

66 - A solução proposta

Como pré-consideração refere-se que as diferenças entre os dois casos não impedem o seu tratamento unitário.

Nestas situações verifica-se igualmente, por remissão para o artigo 169.º do CPTA, o *titular do órgão* como destinatário da SPC. Consequentemente, verifica-se a necessidade de enunciação e resposta das *quatro questões nucleares*.

A única eventual divergência do regime geral proposto nesta dissertação é relativa às duas últimas das *quatro questões nucleares* (envolvendo, portanto, o regime jurídico-processual), e consiste na eventual possibilidade de recurso ao instrumento jurídico *incidente da instância*. *Supra*, referi que o recurso a tal instrumento apresentava três dificuldades:

- (I) Implicaria admitir um *incidente da instância* após já ter decorrido a extinção da instância;
- (II) Apresentaria dificuldades relativamente ao entendimento da aplicação oficiosa da SPC, implicando uma intervenção restritiva dessa aplicação nos termos de apenas poder ocorrer enquanto fosse possível a intervenção; e,
- (III) O regime jurídico dos *incidentes de instância*, sejam nominados ou não nominados, exigiriam sempre, embora a níveis diferenciados, uma *inter-relação jurídica* entre o eventual interveniente (in casu, seria o *titular do órgão*) e a *relação material controvertida* que constitui o objeto da ação judicial de onde decorre o incidente.

²³⁶ E aqui diverge-se do entendimento de MIGUEL ÂNGELO OLIVEIRA CRESPO ao referir que, tal como no direito civil, também no CPTA a aplicação da SPC visa a tutela do autor processual (“é aplicável em benefício do credor”) – *As Sanções Pecuniárias Compulsórias no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 64.

Nos casos dos preceitos em análise verifica-se que o problema descrito em (I) não se verifica: aquando da condenação do *titular do órgão*, encontrar-se-á ainda a decorrer a instância na qual é ré a *administração pública*.

No entanto, os problemas descritos em (II) e (III) continuam a manifestar-se, sendo que este último impede em absoluto o recurso a qualquer *incidente da instância*, seja nominado ou não nominado.

É, assim, meu entendimento não dever existir enquadramento jurídico-processual distinto do delineado aquando da existência de decisão judicial, aplicando-se tudo o exposto no presente capítulo.

CONCLUSÃO

A SPC é um instrumento jurídico que, metaforicamente, tem uma vida peculiar, suficiente para se enquadrar na literatura mítica helénica. Nasce como uma dádiva de *Themis* a um casamento onde é difícil a relação entre os poderes da jurisdição administrativa e o princípio da *separação de poderes*. Semideusa, a SPC nasce investida no papel de heroína com vista à diminuição daquele fosso. Devido à força hercúlea com que surgirá, muitos procurarão impedir tal nascimento, seja por aversão a tão grande alteração do paradigma, seja pela possibilidade de afetar as suas fortunas. No entanto, e uma vez nascida, por força de um pequeno exército de crentes fieis, não é provida das armas necessárias para o combate. Durante mais de uma década viverá abandonada, entregue ao esquecimento e à miséria e, essencialmente, incompreendida. Mas, como em qualquer obra de literatura helénica, a difícil história inicial apenas serve para valorizar a heroína e a sua ascensão à eternidade após concluir, com sucesso, a tarefa a que se encontrava destinada pelos deuses.

Considero, de facto, a SPC como o instrumento atualmente existente com maior importância e impacto no direito processual administrativo executivo português. Se devidamente usado e estruturado, a SPC é suscetível de tornar obsoleto qualquer outro instrumento ou formas de processo atualmente existentes no direito executivo administrativo. Voltando à metáfora helénica, o seu poder incomparável e indestrutível reside na sua capacidade de *compulsão da administração pública* por ameaça do *titular do órgão*.

A minha dissertação visa garantir a proteção do *titular do órgão* aquando da ascensão à glória da SPC. Com efeito, no entendimento atual e na esparsa e tímida aplicação do instrumento, o *titular do órgão* é enquadrado como plenamente à sua mercê, sem direito ou capacidade de resposta ou qualquer género de reação. Num absoluto desenquadramento do moderno *Estado de Direito*, o *titular do órgão* é, portanto, servo do instrumento jurídico. Era necessário pôr um fim à servidão.

A primeira solução no correto funcionamento da SPC consistiu num *enquadramento jurídico-substantivo* adequado. Neste âmbito determinei a constituição de um dever jurídico de conduta na *sua* esfera jurídica. Será o *seu* não cumprimento do *seu* dever (e não o incumprimento da *administração pública* do dever jurídico de conduta que sobre *si* recai) que determinará a sua condenação jurisdicional. A SPC consistirá, então, na compulsão do *titular do órgão* ao

cumprimento desse *seu* dever jurídico. Apenas indiretamente se verificará a compulsão da *administração pública*. Este é, no meu entender, o correto funcionamento do instrumento considerando o ordenamento jurídico atual.

A segunda dimensão da solução terá um *caráter jurídico-processual*. Aqui, procurar-se-á assegurar que a tramitação processual na condenação do *titular do órgão* garantirá a capacidade da SPC em compelir a *administração pública*. Para tal, procurou-se determinar, em primeiro lugar, os elementos materiais de *interconexão* entre as duas condenações. Uma vez determinados, visou-se, com fundamento nesses elementos, a sua *inter-relação*. O resultado final foi a subjugação da forma de processo na condenação do *titular do órgão* à forma de processo na condenação da *administração pública*. As principais manifestações dessa subjugação manifestam-se na *teoria do prosseguimento da ação* e na *teoria do efeito reflexo*. A primeira representa o expoente máximo da dimensão processual dos elementos materiais de *interconexão*. A segunda visa superar um dos principais obstáculos na solução proposta: o impulso processual inicial.

Na exposição da dissertação procurei, não fundamentar a solução adotada em detrimento de outras soluções possíveis, mas sim analisar todas as possibilidades que o meu intelecto me permitiu considerar e proceder à sua exclusão individual aquando da manifestação de dificuldades inultrapassáveis. O enquadramento jurídico substantivo e processual proposto é o resultado final desse procedimento de trabalho. Resultado esse que, portanto, era por mim desconhecido até ao *terminus* da dissertação.

Como já referi na introdução, é minha pretensão que, com a presente dissertação se possa afirmar, nas palavras de PAUL KRUGMAN, “perhaps the future isn’t what it used to be”.



Themis (Museu Arqueológico Nacional, Atenas, República Helénica)

ANEXO I

LOI N.º 80-539, DU 16 JUILLET 1980

LOIS

LOI n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1^{er}. — Le titre de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime est modifié ainsi qu'il suit :

« Loi relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères. »

Art. 2. — I. — L'article 1^{er} de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 susvisée est ainsi rédigé :

« Art. 1^{er}. — Sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin. »

II. — Il est inséré, après l'article 1^{er} de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 susvisée, un article 1^{er} bis ainsi rédigé :

« Art. 1^{er} bis. — Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci. »

Art. 3. — L'article 2 de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 susvisée est ainsi modifié :

« Art. 2. — Les personnes visées aux articles 1^{er} et 1^{er} bis sont tenues d'informer sans délai le ministre compétent lorsqu'elles se trouvent saisies de toute demande concernant de telles communications. »

Loi n° 80-538 TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Sénat :

Projet de loi n° 469 (1978-1979) ;
Rapport de M. Legrand, au nom de la commission des affaires économiques, n° 210 (1979-1980) ;
Discussion et adoption le 29 mai 1980.

Assemblée nationale :

Projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1771) ;
Rapport de M. Mayoud, au nom de la commission de la production (n° 1814) ;
Discussion et adoption le 24 juin 1980.

Sénat :

Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 339 (1979-1980) ;
Rapport de M. Legrand, au nom de la commission des affaires économiques, n° 352 (1979-1980) ;
Discussion et adoption le 30 juin 1980.

NOTA. — Les documents parlementaires indiqués dans les travaux préparatoires rappelés à la fin des textes législatifs sont vendus ou expédiés par la Direction des Journaux officiels, 26, rue Desaix, 75732 PARIS Cedex 15, au prix de 1 F l'exemplaire ; ne pas régler la commande à l'avance mais attendre d'avoir reçu la facture.

Art. 4. — L'article 3 de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 précitée est ainsi modifié :

« Art. 3. — Sans préjudice des peines plus lourdes prévues par la loi, toute infraction aux dispositions des articles 1^{er} et 1^{er} bis de la présente loi sera punie d'un emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 10 000 F à 120 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement. »

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 16 juillet 1980.

VALÉRY GISCARD D'ESTAING.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
RAYMOND BARRE.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ALAIN PEYREFITTE.

Le ministre des affaires étrangères,
JEAN FRANÇOIS-PONCET.

Le ministre de l'économie,
RENÉ MONORY.

Le ministre de l'industrie,
ANDRÉ GIRAUD.

Le ministre des transports,
JOËL LE THEULE.

Le ministre du commerce extérieur,
JEAN-FRANÇOIS DENIAU.

Le ministre du commerce et de l'artisanat,
MAURICE CHARRETIER.

LOI n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1^{er}. — I. — Lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'Etat au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnancée dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision de justice.

Loi n° 80-539 TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Sénat :

Projet de loi n° 273 (1976-1977) ;
Rapport de M. Tailhades, au nom de la commission des lois, n° 299 (1976-1977) ;
Discussion et adoption le 26 mai 1977.

Assemblée nationale :

Projet de loi, adopté par le Sénat (n° 2936) ;
Rapport de M. Gerbet, au nom de la commission des lois (n° 3219) ;
Discussion et adoption le 22 novembre 1977.

Sénat :

Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 131 (1977-1978) ;
Rapport de M. Tailhades, au nom de la commission des lois, n° 167 (1977-1978) ;
Discussion et adoption le 20 décembre 1977.

Assemblée nationale :

Projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture (n° 3429) ;
Rapport de M. Gerbet, au nom de la commission des lois (n° 3437) ;
Discussion et adoption le 21 décembre 1977.

Sénat :

Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 238 (1977-1978) ;
Rapport de M. Tailhades, au nom de la commission des lois, n° 283 (1977-1978) ;
Discussion et adoption le 9 mai 1978.

Assemblée nationale :

Projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat en troisième lecture (n° 166) ;
Rapport de M. Foyer, au nom de la commission des lois (n° 309) ;
Discussion et adoption le 23 mai 1980.

Sénat :

Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale en troisième lecture, n° 266 (1979-1980) ;
Rapport de M. Tailhades, au nom de la commission des lois, n° 334 (1979-1980) ;
Discussion et adoption le 29 juin 1980.

Si la dépense est imputable sur des crédits limitatifs qui se révèlent insuffisants, l'ordonnement est fait dans la limite des crédits disponibles. Les ressources nécessaires pour les compléter sont dégagées dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances. Dans ce cas, l'ordonnement complémentaire doit être fait dans un délai de six mois à compter de la notification.

A défaut d'ordonnement dans les délais mentionnés aux alinéas ci-dessus, le comptable assignataire de la dépense doit, à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice, procéder au paiement.

II. — Lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être mandatée ou ordonnée dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision de justice. A défaut de mandatement ou d'ordonnement dans ce délai, l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office.

En cas d'insuffisance de crédits, l'autorité de tutelle adresse à la collectivité ou à l'établissement une mise en demeure de créer les ressources nécessaires; si l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement n'a pas dégagé ou créé ces ressources, l'autorité de tutelle y pourvoit et procède, s'il y a lieu, au mandatement d'office.

III. — En cas de manquement aux dispositions des paragraphes I et II ci-dessus relatives à l'engagement et à l'ordonnement des dépenses, les personnes visées à l'article 1^{er} de la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 modifiée relative à la Cour de discipline budgétaire et financière sont passibles des peines prévues à l'article 5 de ladite loi. Par dérogation à l'article 16 de cette même loi, le créancier a qualité pour saisir la Cour par l'organe du ministère public auprès de ladite cour.

Art. 2. — En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public pour assurer l'exécution de cette décision.

Art. 3. — L'astreinte est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire à moins que le Conseil d'Etat n'ait précisé son caractère définitif. Elle est indépendante des dommages et intérêts.

Art. 4. — En cas d'inexécution totale ou partielle ou d'exécution tardive, le Conseil d'Etat procède à la liquidation de l'astreinte qu'il avait prononcée.

Sauf s'il est établi que l'inexécution de la décision provient d'un cas fortuit ou de force majeure, le taux de l'astreinte définitive ne peut être modifié par le Conseil d'Etat lors de sa liquidation. Le Conseil d'Etat peut modérer ou supprimer l'astreinte provisoire, même en cas d'inexécution constatée.

Art. 5. — Le Conseil d'Etat peut décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant.

Cette part profite au fonds d'équipement des collectivités locales.

Art. 6. — Les pouvoirs attribués au Conseil d'Etat par la présente loi peuvent être exercés par le président de la section du contentieux.

Art. 7. — Il est inséré dans la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 précitée un article 6 bis ainsi rédigé :

« Art. 6 bis. — Toute personne mentionnée à l'article 1^{er} ci-dessus, dont les agissements auront entraîné la condamnation d'une personne morale de droit public à une astreinte en raison de l'inexécution totale ou partielle ou de l'exécution tardive d'une décision de justice, sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 500 F et dont le maximum pourra atteindre le montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date où la décision de justice aurait dû recevoir exécution. »

Art. 8. — Les modalités d'application de la présente loi seront fixées par un décret en Conseil d'Etat.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 16 juillet 1980.

VALÉRY GISCARD D'ESTAING.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
RAYMOND BARRE.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ALAIN PEYREFITTE.

Le ministre de l'intérieur,
CHRISTIAN BONNET.

Le ministre du budget,
MAURICE PAPON.

DÉCRETS, ARRÊTÉS ET CIRCULAIRES

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE

Autorisation à Electricité de France de modifier la date limite de dépôt prévue pour le remboursement au 10 février 1981 des obligations 9 p. 100 (ex-5 p. 100) 1963.

Le ministre de l'économie,

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, et notamment son article 4 ;
Vu l'article 25 de la loi n° 53-80 du 7 février 1953, modifié par l'article 47 de la loi n° 53-1336 du 31 décembre 1953 et par l'article 39 de la loi n° 55-359 du 3 avril 1955 ;

Vu l'article 3 du décret n° 48-1795 du 26 novembre 1948 portant création de la caisse nationale de l'énergie ;

Vu le décret n° 59-1053 du 7 septembre 1959, complété et modifié par les décrets n° 63-1166 du 21 novembre 1963 et n° 64-970 du 14 septembre 1964 ;

Vu l'arrêté du 15 février 1963, modifié par les arrêtés des 26 juin 1974 et 30 octobre 1974, autorisant Electricité de France à émettre un emprunt pour le financement de ses dépenses d'investissements,

Arrête :

Art. 1^{er}. — L'arrêté susvisé du 15 février 1963 est complété par la disposition suivante :

Article 4 quater.

Electricité de France est autorisée à retarder de trois mois la date limite de dépôt des obligations émises en vertu de l'article 1^{er} ci-dessus et dont les porteurs demanderaient le remboursement au 1^{er} février 1981.

Art. 2. — Le présent arrêté sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 27 juin 1980.

Pour le ministre et par délégation :

Par empêchement du directeur du Trésor :
Le sous-directeur,
H. BAQUIAST.

MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU CADRE DE VIE

Décret n° 80-540 du 9 juillet 1980 relatif à la révision du montant de la participation pour non-réalisation des aires de stationnement prévue à l'article L. 421-3 du code de l'urbanisme.

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'environnement et du cadre de vie,

Vu le code de l'urbanisme ;

Vu la loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme, et notamment son article 69 (II et III) ;

Vu le décret n° 77-739 du 7 juillet 1977, et notamment son article 9 ;

Vu l'indice du coût de la construction, publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques,

ANEXO II

LOI N.º 87-588 DU 30 JUILLET 1987

(EXCERTO)

définitivement admis au concours de chef adjoint de service administratif, dont les épreuves se sont déroulées le 29 octobre 1980 et les 18 et 19 décembre 1980.

Art. 84. - Ont la qualité d'élèves de l'Ecole nationale d'administration, à la date du 1^{er} janvier 1985, les personnes ayant figuré sur la liste des candidats déclarés admis à la suite des épreuves du concours interne d'accès à l'Ecole nationale d'administration (session 1984). Les personnes ayant figuré sur la liste des candidats déclarés admissibles à la suite des épreuves de ce concours peuvent se prévaloir des droits ouverts aux candidats admissibles à l'un des concours d'entrée à l'Ecole nationale d'administration.

TITRE VI

DISPOSITIONS DIVERSES

Art. 85. - Dans le 1^o de l'article 416 du code pénal, après les mots : « sauf motif légitime, » sont insérés les mots : « hormis en matière de discrimination raciale, ».

Art. 86. - Dans le 2^o de l'article 416 du code pénal, les mots : « une association ou à une société » sont remplacés par les mots : « une personne morale ».

Art. 87. - Dans l'article 2-1 du code de procédure pénale, après les mots : « combattre le racisme » sont insérés les mots : « ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse ».

Art. 88. - L'accès des lieux ouverts au public est autorisé aux chiens accompagnant les personnes titulaires de la carte d'invalidité prévue à l'article 174 du code de la famille et de l'aide sociale.

Un décret fixe, s'il y a lieu, les limitations à cette règle qui ne peuvent être fondées que sur des motifs tirés des exigences particulières de sécurité et de salubrité publiques dans certains lieux.

Art. 89. - I. - Les articles 1^{er}, 2, 5 et 6 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'Etat, des collectivités locales et des services publics sont abrogés.

II. - En conséquence, sont rétablis :

- l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (n° 61-825 du 29 juillet 1961) ainsi que la loi n° 77-826 du 22 juillet 1977, que les articles 5 et 6 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 précitée avaient abrogés.

Art. 90. - I. - Dans l'article 2 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, après les mots : « contre les personnes morales de droit public » sont insérés les mots : « ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public ».

II. - Dans l'article 6 bis de la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités et portant création d'une cour de discipline budgétaire, après les mots : « personne morale de droit public » sont insérés les mots : « ou d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public ».

Art. 91. - I. - Dans le 1^o de l'article 4 de la loi du 24 mai 1825 relative à l'existence légale des congrégations et communautés religieuses de femmes, les mots : « et s'il s'agit d'un établissement autorisé pour un objet charitable, » sont supprimés.

II. - L'article 5 de la loi du 24 mai 1825 précitée est abrogé.

Art. 92. - Les candidats reçus à l'examen professionnel organisé le 25 octobre 1978 par le ministre de la santé et de la famille et le ministre du travail et de la participation pour le recrutement à titre exceptionnel de commis des services extérieurs gardent le bénéfice de leur nomination ultérieure dans ce corps.

Art. 93. - Ont qualité d'adjoint des cadres hospitaliers, à la date de leur nomination dans un emploi de ce grade, les personnes qui ont figuré sur la liste des candidats admis au concours interne d'adjoint des cadres hospitaliers (option Rédaction, organisée par la direction départementale des affaires sanitaires et sociales du Puy-de-Dôme) et dont les épreuves se sont déroulées les 2 février et 10 mai 1984.

Art. 94. - Les candidats classés à l'issue du concours d'accès au troisième cycle spécialisé des études médicales organisé au titre de l'année universitaire 1984-1985 dans l'interrégion Nord-Est gardent le bénéfice de leur classement avec tous les effets qu'il comporte.

Art. 95. - Les candidats admis au cours des sessions organisées avant le 30 septembre 1987 dans les écoles d'ergothérapeutes, d'infirmiers, de laborantins, de manipulateurs d'électroradiologie médicale, de masseurs-kinésithérapeutes, de pédicures-podologues en application de l'arrêté du 13 juin 1983 relatif à l'admission dans ces écoles conservent le bénéfice de leur admission en vue de la préparation du diplôme d'Etat d'ergothérapeute, d'infirmier, de laborantin, de manipulateur d'électroradiologie, de masseur-kinésithérapeute ou de pédicure-podologue.

Art. 96. - A l'exception du décret n° 83-823 du 16 septembre 1983 relatif aux obligations de service d'enseignement des professeurs des universités, des maîtres-assistants, des chefs de travaux et des assistants, sont validés les décrets intervenus avant le 31 mai 1986 et comportant des dispositions de nature statutaire communes à plusieurs corps de fonctionnaires de l'Etat relevant du même département ministériel en tant que leur légalité serait contestée sur le fondement du défaut de consultation de la commission des statuts du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat.

Art. 97. - I. - L'article L. 17 du code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme est ainsi rédigé :

« Art. L. 17. - Est interdite la diffusion de messages publicitaires en faveur de boissons contenant plus de un degré d'alcool :

« - par les organismes et services de télévision publics ou privés dont les émissions sont diffusées par voie hertzienne terrestre ou par satellite ou distribuées par câbles ;

« - dans les publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse.

« Est également interdite la publicité, sous quelque forme qu'elle se présente, en faveur des boissons alcooliques sur les stades, terrains de sport publics ou privés, dans les lieux où sont installées des piscines et dans les salles où se déroulent habituellement des manifestations sportives ainsi que dans tous les locaux occupés par des associations de jeunesse ou d'éducation populaire.

« Est interdite la publicité, sous quelque forme qu'elle se présente, en faveur des boissons dont la fabrication et la vente sont prohibées. »

II. - L'article L. 18 du même code est ainsi rédigé :

« Art. L. 18. - Toute publicité en faveur des boissons contenant plus de un degré d'alcool doit comporter un conseil de modération concernant la consommation de ces produits alcooliques. Elle ne peut présenter les boissons comme dotées ou dénuées d'effets physiologiques ou psychologiques. Elle ne doit comporter aucune incitation dirigée vers les mineurs ni évoquer d'aucune façon la sexualité, le sport, le travail, les machines et véhicules à moteur. Elle ne doit pas avoir recours à des personnalités connues pour une activité n'ayant pas de rapport avec la production ou la distribution de boissons alcooliques.

« Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il répond aux exigences mentionnées au premier alinéa du présent article.

« Quand les éléments caractéristiques des publicités pour les boissons alcooliques, notamment la marque, la dénomination, les graphismes ou les couleurs déposés, sont utilisés dans des activités de parrainage ou dans une publicité, les dispositions régissant la publicité pour les boissons alcooliques s'appliquent à ces activités de parrainage ou à cette publicité.

« Un décret en Conseil d'Etat prévoit, en tant que de besoin, les modalités que doivent respecter les messages et supports publicitaires pour être conformes à ces obligations. »

III. - Le premier alinéa de l'article L. 21 du même code est ainsi rédigé :

« Toute personne qui aura effectué, fait effectuer, maintenu ou fait maintenir une publicité interdite sera punie d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une

ANEXO III

LOI N.º 95-125 DU 8 FÉVRIER 1995

(EXCERTO)

III. - A l'article 48 de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, la date : « 1^{er} janvier 1995 » est remplacée par la date : « 1^{er} mars 1996 ».

IV. - A l'article 229 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 précitée, la date : « 1^{er} janvier 1995 » est remplacée par la date : « 1^{er} mars 1996 ».

TITRE IV

DISPOSITIONS RELATIVES À LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Art. 62. - Le titre II du livre II du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est complété par un chapitre VIII ainsi rédigé :

« Chapitre VIII

« L'exécution du jugement

« Art. L. 8-2. - Lorsqu'un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, saisi de conclusions en ce sens, prescrit cette mesure, assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution, par le même jugement ou le même arrêt.

« Lorsqu'un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public doit à nouveau prendre une décision après une nouvelle instruction, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, saisi de conclusions en ce sens, prescrit par le même jugement ou le même arrêt que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé.

« Art. L. 8-3. - Saisi de conclusions en ce sens, le tribunal ou la cour peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application de l'article L. 8-2 d'une astreinte qu'il prononce dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 8-4 et dont il fixe la date d'effet.

« Art. L. 8-4. - En cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt définitif, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution.

« En cas d'inexécution d'un jugement frappé d'appel, la demande d'exécution est adressée à la juridiction d'appel.

« Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte.

« Les articles 3 à 5 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes de droit public s'appliquent aux astreintes prononcées en application du présent article. Le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel exerce les pouvoirs conférés par ces articles au Conseil d'Etat.

« Le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut renvoyer la demande d'exécution au Conseil d'Etat. »

Art. 63. - Il est inséré, au chapitre VII du titre II du livre II du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, un article L. 4-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 4-1. - Par dérogation aux dispositions de l'article L. 4, le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin et ayant atteint au moins le grade de conseiller de 1^{re} classe statue en audience publique et après audition du commissaire du Gouvernement :

« 1° Sur les litiges relatifs aux déclarations de travaux exemptés de permis de construire ;

« 2° Sur les litiges relatifs à la situation individuelle des agents publics, à l'exception de ceux concernant l'entrée au service, la discipline et la sortie du service ;

« 3° Sur les litiges en matière de pensions, d'aide personnalisée au logement, de communication de documents administratifs, de service national ;

« 4° Sur les litiges relatifs à la redevance audiovisuelle ;

« 5° Sur les recours relatifs aux taxes syndicales et aux impôts locaux autres que la taxe professionnelle ;

« 6° Sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour refus opposé à une demande de concours de la force publique pour exécuter une décision de justice ;

« 7° Sur les actions tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une collectivité publique lorsque le montant des indemnités demandées est inférieur à un montant déterminé par décret en Conseil d'Etat ;

« 8° Sur les requêtes contestant les décisions prises en matière fiscale sur des demandes de remise gracieuse ;

« 9° Sur les litiges relatifs aux bâtiments menaçant ruine ;

« 10° Sur les litiges relatifs aux contraventions de grande voirie. »

Art. 64. - Le premier alinéa de l'article L. 9 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est ainsi rédigé :

« Les présidents de tribunal administratif, les présidents de cour administrative d'appel, le vice-président du tribunal administratif de Paris et les présidents de formation de jugement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel peuvent, par ordonnance, donner acte des désistements, rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence des juridictions administratives, constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une requête, rejeter les conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance, statuer sur les requêtes qui ne présentent plus à juger de questions autres que la condamnation prévue à l'article L. 8-1 du présent code ou la charge des dépens ainsi que sur les requêtes relevant d'une série, qui présentent à juger en droit et en fait, pour la juridiction saisie, des questions identiques à celles qu'elle a déjà tranchées ensemble par une même décision passée en force de chose jugée. »

Art. 65. - Il est rétabli, dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, un article L. 10 ainsi rédigé :

« Art. L. 10. - Saisi d'une demande en ce sens et au terme d'une procédure contradictoire, le président du tribunal administratif ou le président de la formation de jugement peut prononcer, par ordonnance, la suspension pour une durée maximum de trois mois de l'exécution d'une décision administrative faisant l'objet d'une demande de sursis à exécution, lorsque cette exécution risque d'entraîner des conséquences irréversibles et que la requête comporte un moyen sérieux.

« La suspension provisoire cesse de produire ses effets si la décision sur la demande de sursis intervient avant l'expiration du délai fixé par le juge. »

Art. 66. - Il est inséré, dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, un article L. 24 ainsi rédigé :

« Art. L. 24. - La décision de sursis à exécution d'un permis de construire dont la demande est présentée par l'Etat, la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale devant le tribunal administratif obéit aux règles définies par le premier alinéa de l'article L. 421-9 du code de l'urbanisme ci-après reproduit :

« Art. L. 421-9. - L'Etat, la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale, lorsqu'il ou elle défère à un tribunal administratif une décision relative à un permis de construire et assortit son recours d'une demande de sursis à exécution, peut demander qu'il soit fait application des dispositions prévues aux troisième, quatrième et cinquième alinéas de l'article 3 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. »

Art. 67. – Il est inséré, dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, un article L. 25 ainsi rédigé :

« Art. L. 25. – La décision de sursis à exécution en matière d'urbanisme obéit aux règles définies par l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme ci-après reproduit :

« Art. L. 600-5. – Dans toutes les instances en matière d'urbanisme, les présidents de tribunal administratif, les présidents de cour administrative d'appel, le vice-président du tribunal administratif de Paris et les présidents de formation de jugement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel peuvent, par ordonnance prise au terme d'une procédure contradictoire, octroyer ou refuser le sursis à exécution d'une décision. »

Art. 68. – Il est inséré, avant l'article L. 24 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, une section V intitulée : « Dispositions particulières en matière d'urbanisme ».

Art. 69. – Il est inséré, dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, un article L. 26 ainsi rédigé :

« Art. L. 26. – La contestation par le maire des villes de Paris, Marseille et Lyon des délibérations des conseils d'arrondissement, à l'exclusion de celles prises en application de la section 3 du chapitre I^{er} de la loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, obéit aux règles définies par le dernier alinéa de l'article 19 de ladite loi ci-après reproduit :

« Sans préjudice du recours dont dispose le représentant de l'Etat, le maire de la commune peut déférer au tribunal administratif une délibération ayant donné lieu à une seconde lecture en application du troisième alinéa, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il a reçu cette délibération. Si ce recours est assorti d'une demande de sursis à exécution et si l'un des moyens invoqués à son appui paraît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la délibération attaquée, le président du tribunal administratif ou un membre du tribunal administratif délégué à cet effet prononce le sursis dans les quarante-huit heures. La décision relative au sursis est susceptible d'appel devant le Conseil d'Etat dans la quinzaine de sa notification. En ce cas, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ou un conseiller d'Etat délégué à cet effet statue dans un délai de quarante-huit heures. »

Art. 70. – Il est inséré, dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, un article L. 27 ainsi rédigé :

« Art. L. 27. – La décision de sursis à exécution lorsque l'acte attaqué d'une commune est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle obéit aux règles définies par la première phrase du quatrième alinéa de l'article 3 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ci-après reproduite :

« Lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le président du tribunal administratif ou un membre du tribunal administratif délégué à cet effet prononce le sursis dans les quarante-huit heures. »

Art. 71. – Il est inséré, avant l'article L. 26 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, une section VI intitulée : « Dispositions particulières relatives aux collectivités locales et à leurs établissements publics ».

Art. 72. – Il est inséré, dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, un article L. 28 ainsi rédigé :

« Art. L. 28. – Les modalités selon lesquelles le tribunal administratif examine les recours en annulation formés

contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière obéissent aux règles définies par le I de l'article 22 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, ci-après reproduit :

« I. – L'étranger qui fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière peut, dans les vingt-quatre heures suivant sa notification, demander l'annulation de cet arrêté au président du tribunal administratif.

« Le président ou son délégué statue dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa saisine. Il peut se transporter au siège de la juridiction la plus proche du lieu où se trouve l'étranger, si celui-ci est retenu en application de l'article 35 bis de la présente ordonnance.

« L'étranger peut demander au président du tribunal ou à son délégué le concours d'un interprète et la communication du dossier contenant les pièces sur la base desquelles la décision attaquée a été prise.

« L'audience est publique. Elle se déroule sans conclusions du commissaire du Gouvernement, en présence de l'intéressé, sauf si celui-ci, dûment convoqué, ne se présente pas. L'étranger est assisté de son conseil s'il en a un. Il peut demander au président ou à son délégué qu'il lui en soit désigné un d'office. »

Art. 73. – Il est inséré, avant l'article L. 28 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, une section VII intitulée : « Dispositions relatives aux étrangers ».

Art. 74. – Les dispositions du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui citent en les reproduisant des articles d'autres codes et de lois sont modifiées de plein droit par l'effet des modifications ultérieures de ces articles.

Art. 75. – I. – Dans le premier alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, les mots : « et sur les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes réglementaires » sont supprimés.

II. – Dans le deuxième alinéa de l'article 1^{er} de la même loi, les mots : « autres que ceux visés à l'alinéa précédent » sont supprimés.

Art. 76. – L'article 2 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les dispositions du premier alinéa ne sont pas applicables dans les cas prévus aux articles L. 8-3 et L. 8-4 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à l'article 6-1 de la présente loi. »

Art. 77. – Il est inséré, dans la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 précitée, un article 6-1 ainsi rédigé :

« Art. 6-1. – Lorsqu'il règle un litige au fond par une décision qui implique nécessairement une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le Conseil d'Etat, saisi de conclusions en ce sens, prescrit cette mesure et peut assortir sa décision d'une astreinte à compter d'une date qu'il détermine.

« Lorsqu'il règle un litige au fond par une décision qui implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public doit à nouveau se prononcer après une nouvelle instruction, le Conseil d'Etat, saisi de conclusions en ce sens, prescrit que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé, qu'il peut assortir d'une astreinte prenant effet à la date qu'il fixe. »

Art. 78. – I. – Le premier alinéa de l'article L. 236 du code électoral est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Lorsqu'un conseiller municipal est déclaré démissionnaire d'office à la suite d'une condamnation pénale définitive prononcée à son encontre et entraînant de ce fait la perte de ses droits civiques et électoraux, le recours éventuel contre l'acte de notification du préfet n'est pas suspensif. »

II. – Le premier alinéa de l'article L. 341 du même code est complété par une phrase ainsi rédigée :

JURISPRUDÊNCIA

(todos disponíveis em www.dgsi.pt)

- Acórdão do TCAS, de 28/04/2003, processo n.º 12266/03
- Acórdão do STA, de 25/06/2003, processo n.º 01009/03
- Acórdão do STJ, de 16/12/2004, processo n.º 04B3313
- Acórdão do TCAS, de 21/09/2004, processo n.º 00017/04
- Acórdão do TCAN, de 19/05/2005, processo n.º 00865/04.7BEBRG
- Acórdão do STJ, de 12/09/2006, processo n.º 06A2302
- Acórdão do TRP, de 16/10/2006, processo n.º 0655115
- Acórdão do TRC, de 08/05/2007, processo n.º 267/04.5TBOFR-A.C1
- Acórdão do TCAS, de 28/06/2007, processo n.º 00528/04.3BEVIS-A
- Acórdão do TCAS, de 31/01/2008, processo n.º 03362/07
- Parecer do Ministério Público junto do TCAS, de 03/07/2008, processo n.º 01882/06
- Acórdão do TCAC, de 24/06/2010, processo n.º 059020/10
- Acórdão do TCAN, de 07/03/2013, processo n.º 00081/11.1BEPNF-A
- Acórdão do STA, de 26/09/2013, processo n.º 01052/12
- Acórdão do TCAN, de 29/09/2013, processo n.º 00034/07.4BEVIS-A
- Acórdão do TCAS, de 03/10/2013, processo n.º 06608/13
- Sentença de Julgado de Paz, de 15/04/2014, processo n.º 602/2013-JP
- Acórdão do TRP, de 13/01/2015, processo n.º 5729/09.5YYPRT-C.P1
- Acórdão do TCAS, de 29/01/2015, processo n.º 11622/14
- Acórdão do TCAS, de 29/10/2015, processo n.º 12451/15

BIBLIOGRAFIA

AA. VV.

- **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**, Universidade Católica Portuguesa, 2013

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE

- **Tutela Declarativa e Executiva no contencioso administrativo Português**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, julho/agosto, 1999
- **Pronúncias Judiciais e a sua Execução na Reforma do contencioso administrativo**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, julho/agosto, 2000
- **A execução das Sentenças no Anteprojeto de Reforma do Processo nos Tribunais Administrativos**, in: *O Debate Universitário (Reforma do contencioso administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000; *Reforma do contencioso administrativo, Volume I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Coimbra Editora, 2003
- **Manual de Processo Administrativo**, Almedina, 2010

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES

- **Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos**, Almedina, 2005

AMARAL, DIOGO FREITAS DO

- **Curso de Direito Administrativo, Vol. I**, Almedina, reimpressão da edição de 1986, 1988
- **Projeto de Código do Contencioso Administrativo**, In *Scientia Iuridica*, Tomo XLI, 1992, n.º 235/237
- **A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos**, Livraria Almedina Coimbra, 2.ª edição, 1997
- **O princípio do contraditório nos recursos interpostos pelos presidentes dos órgãos colegiais em defesa da legalidade**, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 6, novembro/Dezembro, 1997

- **Intervenção do Professor Diogo Freitas do Amaral**, *in: O Debate Universitário (Reforma do Contencioso Administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000; *Reforma do contencioso administrativo, Volume I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Coimbra Editora, 2003
- **Considerações Gerais Sobre a Reforma do contencioso administrativo**, *in: O Debate Universitário (Reforma do contencioso administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000; *Reforma do contencioso administrativo, Volume I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Coimbra Editora, 2003
- **Curso de Direito Administrativo, Vol. I**, Almedina, 2012, 3.^a edição, 7.^a reimpressão da edição de novembro de 2006

AMARAL, DIOGO FREITAS DO/ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE

- **Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo**, Almedina, 3.^a edição revista e actualizada, reimpressão da 3.^a edição de Junho de 2004, 2007

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

- **Intervenção do Professor Vieira de Andrade**, *in: O Debate Universitário (Reforma do direito processual administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000; *Reforma do direito processual administrativo, Volume I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Coimbra Editora, 2003
- **A Justiça Administrativa, Lições**, Almedina, 11.^a edição, 2011
- **Lições de Direito Administrativo**, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2.^a edição, reimpressão, 2012

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA

- **O Direito, Introdução e Teoria Geral**, Almedina, 13.^a edição refundida, 2.^a reimpressão da edição de março/2005, 2008

BATISTA, LUÍS MANUEL CHAVES BARROSO

- **A Sanção Pecuniária Compulsória no Direito Processual Administrativo Autárquico, Instrumento ao Serviço da Tutela Jurisdicional Efetiva**, Coimbra Editora, 2011

BOTELHO, JOSÉ MANUEL DA S. SANTOS BOTELHO

- **Contencioso Administrativo, Anotado - Comentado - Jurisprudência**, Almedina, 4.^a edição, 2002

BRITO, PEDRO MADEIRA DE

- **O Novo Princípio da Adequação Formal**, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, 1997

CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES

- **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado**, Coimbra Editora, 2.^a edição, 2011

CAETANO, MARCELLO

- **Das Fundações, Subsídios para a Interpretação e Reforma da Legislação Portuguesa**, Edições Ática, 1962
- **Manual de Direito Administrativo, Volume I**, Almedina Coimbra, 10.^a edição, 10.^a reimpressão, 2010

CARDOSO, EURICO LOPES

- **Manual dos Incidentes da Instância em Processo Civil**, Livraria Petrony, 1992

CHAPUS, RENÉ

- **Droit du Contentieux Administratif**, 10.^a édition, 2002

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- **Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo I**, Almedina, 2009

CORREIA, CECÍLIA ANACORETA

- **A Tutela Executiva dos Particulares no Código de Processo nos Tribunais Administrativos**, Almedina, 2013

CORREIA, SÉRVULO

- **Noções de Direito Administrativo, Volume I**, Editora Danúbio, Lda, 1982
- **Recurso Contencioso**, in: *O Debate Universitário (Reforma do Contencioso Administrativo - Trabalhos Preparatórios - O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000; *Reforma do Contencioso Administrativo, Volume I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Coimbra Editora, 2003

- **O Recurso Contencioso no Projeto da Reforma: Tópicos Esparsos** *in* *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 20, março/Abril, 2000
- **Unidade ou Pluralidade de Meios Processuais Principais no contencioso administrativo**, *in: O Debate Universitário (Reforma do Contencioso Administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000; *Reforma do Contencioso Administrativo, Volume I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Coimbra Editora, 2003

COSTA, SALVADOR DA

- **Incidentes da Instância**, Almedina, 7.ª edição, 2014

CRESPO, MIGUEL ÂNGELO OLIVEIRA

- **As Sanções Pecuniárias Compulsórias no Código de Processo nos Tribunais Administrativos: A Caminho da Tutela Jurisdicional Administrativa**, Relatório do Seminário de Contencioso Administrativo I, curso de mestrado, ano letivo 2003/2004

CUNHA, ANTÓNIO JÚLIO

- **Limites Subjectivos do Caso Julgado e a Intervenção de Terceiros**, *Quid Juris*, 2010

ENGISCH, KARL

- **Introdução ao Pensamento Jurídico**, Fundação Calouste Gulbenkian, 10.ª edição, 2008

FONSECA, ISABEL CELESTE M.

- **Processo Temporalmente Justo e Urgência, Contributo para a Autonomização da Categoria da Tutela Jurisdicional de Urgência na Justiça Administrativa**, Coimbra Editora, 2009

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE

- **Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil**, *in* *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, I, 1992
- **Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código**, Coimbra Editora, 3.ª edição, 2013

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE/ALEXANDRE, ISABEL

- **Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º, Artigos 1.º a 361.º**, Coimbra Editora, 3.ª edição, 2014

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE/REDINHA, JOÃO/PINTO, RUI

- **Código de Processo Civil Anotado, Volume 1.º**, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2008

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA

- **As Medidas Cautelares entre a Correcta Prosecação do Interesse Público e a Efectividade dos Direitos dos Particulares**, *in: O Debate Universitário (Reforma do Contencioso Administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000;

GOMES, CARLA AMADO

- **A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito: Reflexões Avulsas sobre o Novo Regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, *In: Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, 2010; *Julgar*, n.º 5, 2008 Todas as referências são relativas à publicação inicialmente mencionada
- **A Responsabilidade Pessoal e Institucional do Dirigente da Administração Pública no Quadro da Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, *In: Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, 2010; *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, n.º 15, 2009 Todas as referências são relativas à publicação inicialmente mencionada

KANT, IMMANUEL

- **Crítica da Razão Pura**, Fundação Calouste Gulbenkian, 8.ª edição, 2013

KELSEN, HANS

- **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, 6.ª edição, 3.ª tiragem, 1999

LEBRETON, GILLES

- **Droit Administratif Général**, Dalloz, 8.ª édition, 2015

MELO, BARBOSA DE

- **Parâmetros Constitucionais da Justiça Administrativa**, *in: O Debate Universitário (Reforma do Contencioso Administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000;

MENDES, JOÃO DE CASTRO

- **Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil**, Edições Ática, 1968

MINISTÉRIO PÚBLICO

- **Reforma do Contencioso Administrativo**, Volume I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios), Coimbra Editora, 2003

MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI

- **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**, Coimbra Editora, 2005

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE/OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE

- **Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I, Artigos 1.º a 96.º, e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados**, Almedina, Reimpressão da Edição de Novembro/2004, 2006

PACTEAU, BERNARD

- **Contentieux Administratif**, Presses Universitaires de France, 5.ª edição, 1999

PINTO, RICARDO LEITE

- **Intimação para um Comportamento, Contributo para o Estudo dos Procedimentos Cautelares no Contencioso Administrativo**, *Edições Cosmos*, 1995

PRATA, ANA

- **Dicionário jurídico, Volume I, Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária**, Almedina, 8.ª reimpressão da edição de janeiro/2008

SILVA, JOÃO CALVÃO DA

- **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**, Coimbra, 1987

SILVA, VASCO PEREIRA DA

- **Para um Contencioso Administrativo dos particulares: Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação**, Livraria Almedina, Coimbra, 1997
- **Vem aí a Reforma do Contencioso Administrativo (!?)**, in: *O Debate Universitário (Reforma do Contencioso Administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário, Vol. I)*, Ministério Público, Lisboa, 2000; *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 19, Janeiro/fevereiro, 2000; e *Reforma do Contencioso Administrativo, Volume I, O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Coimbra Editora, 2003

SILVEIRA, JOÃO TIAGO V. A. DA

- **A Reforma do Contencioso Administrativo**, *in Revista jurídica*, n.º 25, Abril, 2002

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE

- **Estudos Sobre o Novo Processo Civil**, Lex, 2.ª edição, 1997
- **Introdução ao Processo Civil**, Lex, 2.ª edição, 2000
- **A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito Processual Civil**, *in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009