

## Ensaio sobre a figura da inação administrativa oficiosa

[publicado na obra *Nos 20 Anos dos CJA, CEJUR, Braga, 2017, 295-340*].

Pedro Costa Gonçalves (\*)

*Os Cadernos de Justiça Administrativa, do Centro de Estudos Jurídicos do Minho (CEJUR), têm prestado um contributo ímpar para a evolução do Direito Administrativo; nos seus 20 anos de vida, todas as importantes reformas (leis do contencioso administrativo, do procedimento administrativo e dos contratos públicos) foram estimuladas, pensadas, refletidas e discutidas sob o impulso e no âmbito dos Cadernos, quer nas suas páginas, quer nos vários Seminários realizados pelo CEJUR.*

*Aos Cadernos, sob a direção empenhada de António Cândido de Oliveira, devem-se ainda os notáveis préstimos de abrir as portas a novos cultores do Direito Administrativo, bem como de estabelecer pontes de ligação entre os vários atores deste palco: professores, juízes, advogados e juristas da Administração Pública. Além das merecidas felicitações, aos Cadernos endereçamos um estímulo de força para continuar um trabalho glorioso em benefício da evolução do Direito Administrativo Português.*

### **1. Um caso exemplar de condenação da Administração Pública (por omissão ilícita de ato administrativo) determinada por tribunais... judiciais**

A escolha do tema do presente texto resulta, em primeiro lugar, de um interesse especial do autor, que já por várias vezes com ele se cruzou; mas, em termos mais imediatos, a escolha foi inspirada por uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.12.2016, que, embora em termos diferentes, confirmou a condenação imposta pelo tribunal recorrido, o Tribunal da Relação de Lisboa, ao Instituto da Segurança e Solidariedade Social, I.P. (ISSS, I.P.), no pagamento de uma indemnização pela morte de idosos em consequência de um incêndio no lar em que residiam <sup>(1)</sup>.

---

(\*) Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Advogado e Diretor do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE).

<sup>(1)</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) (7.ª secção), de 14.12.2016, que apreciou o recurso do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25.02.2016, Proc. n.º 619/04.0TCSNT.L1.S1.

A condenação da entidade pública baseou-se na omissão ilícita da prática do ato administrativo de encerramento do lar. No acórdão recorrido afirmou-se inexistir dúvida “de que [esse] comportamento omissivo do réu – ISSS, I.P. – conduziu à morte dos idosos falecidos”. Estamos, assim, em face de um resultado que corporiza uma “tragédia da inação” da Administração Pública <sup>(2)</sup>.

Provou-se no processo que o ISSS, I.P., conhecia e havia inspecionado por várias vezes o lar, estava ciente de que este não dispunha de licença e de que acusava deficientes condições de funcionamento e de que essas deficiências eram graves e manifestas e, por isso, representavam um risco para os residentes; apesar de tudo isso, optou por uma atitude passiva, de condescendência e tolerância, e não determinou o respetivo encerramento, medida que era da sua competência, nos termos da lei.

Trata-se de decisões judiciais com uma tão óbvia quanto direta relevância para o Direito Administrativo, em particular, no que se refere à delimitação dos contornos da responsabilidade das entidades públicas por omissão de atuação oficiosa e à respetiva qualificação como *omissão ilícita* <sup>(3)</sup>.

Um aspeto curioso, e que naturalmente aqui não se pode desconsiderar, radica no facto de se tratar de decisões de tribunais judiciais!

É efetivamente assim: uma entidade pública (em concreto, um instituto público do Estado) viu-se, sucessivamente, condenada por tribunais judiciais – em aplicação do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por atos de gestão pública –, pelo facto de ter omitido de um *ato administrativo* que lhe competia praticar e de essa omissão ter provocado o dano da morte (causalidade).

Acrescente-se, aliás, que, na 1.<sup>a</sup> instância e no Tribunal de Relação de Lisboa, também o próprio Estado havia sido condenado, em decorrência da sua responsabilidade, enquanto titular de poderes de tutela, “pelos atos e omissões do órgão tutelado (ISSS, I.P.)”. O Supremo Tribunal de Justiça veio, diríamos que compreensivelmente, a excluir a responsabilidade do Estado, com fundamento na inexistência de conduta ilícita da sua parte, desde logo porque a decisão administrativa em falta (de encerramento do lar) apenas poderia ser tomada por órgãos do ISSS, I.P. O STJ acrescentou, a este respeito,

---

<sup>(2)</sup> Referindo-se a cenários de “tragedy of inaction”, cf. A. FENTON, *Toxic world: a chronicle of agency discretion and inaction*, Chicago, Loyola University, 2008.

<sup>(3)</sup> No plano da tutela ressarcitória (indenização dos prejuízos causados pela omissão da Administração), cf. MARGARIDA CORTEZ, “A responsabilidade civil da Administração por omissões”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, julho/agosto de 2003, pp. 32 e segs.; CARLA AMADO GOMES, “A responsabilidade e a(s) sua(s) circunstâncias – anotação ao Ac. do STA de 4.12.2003, P. 557/03”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 45, maio/junho de 2004, pp. 43 e segs.

que a tutela do Estado sobre o ISSS, I.P., não compreendia a faculdade de suprir as omissões deste, e recordou a propósito que “não há tutela sem texto legal, nem para além dele” – note-se, a este respeito, que, atualmente, a tutela do Estado sobre os institutos públicos inclui mesmo poderes de substituição (cf. art. 41.º, n.º 9, da Lei Quadro dos Institutos Públicos: “o membro do Governo da tutela goza de tutela substitutiva na prática de atos legalmente devidos, em caso de inércia grave do órgão responsável”). Mesmo tendo isto presente, sempre nos pareceria muito difícil, para não dizer impossível, qualificar como ilícita a conduta omissiva do Estado no exercício de um poder de tutela substitutiva; só poderia equacionar-se uma tal hipótese, se fosse provado que o Ministério da tutela conhecia, por um lado, a inação do instituto público tutelado e, por outro lado, a situação concreta de especial perigosidade que a ação pública poderia controlar.

Neste contexto, ocorre recordar o famoso *arrêt Blanco*, proferido pelo Tribunal dos Conflitos francês no ano de 1873. Essa decisão, que, segundo a doutrina, traçou as linhas da autonomia do Direito Administrativo francês, teve na sua base o caso de um acidente que envolveu uma menina de cinco anos (Agnès Blanco), atropelada e gravemente ferida por um vagão carregado de tabaco conduzido por operários da empresa nacional de tabacos quando cruzava a rua que separava a fábrica do armazém. O pai da menina propôs uma ação de indemnização no tribunal judicial de Bordéus contra os operários e também contra o Estado enquanto civilmente responsável pela imprudência dos seus trabalhadores. O tribunal de Bordéus declinou a sua competência e remeteu os autos para o Tribunal dos Conflitos, o qual, por acórdão de 18.02.1873, veio a decidir que a responsabilidade do Estado por factos praticados pelo seu pessoal não se pode reger pelos princípios estabelecidos no *Code Civil*, e, por consequência, devolveu a apreciação do assunto à “autoridade administrativa” (por interpretação atualista, a autoridade da jurisdição administrativa). Assim se subtraía a Administração Pública aos tribunais judiciais.

Pois bem, os juízes responsáveis pelas decisões dos tribunais portugueses que inspiraram o presente texto não conhecem certamente o *arrêt Blanco*; mas – e isso afigura-se-nos menos perdoável – também parecem não conhecer a lei que delimita as competências dos tribunais em Portugal. Na verdade, as referidas decisões reportam-se a um caso inequívoco da esfera do Direito Administrativo: o que estava em causa era a responsabilidade por uma omissão no âmbito da “gestão pública” [no léxico do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) de 1984, em vigor no momento em que o processo se iniciou], como, aliás, os tribunais de recurso assinalam; neste sentido,

esclareceu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “como emerge dos termos da causa e da lógica argumentativa aduzida no acórdão recorrido, a enunciada questão situa-se no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos de gestão pública”.

Ora, apesar de convocar a aplicação do regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas por atos de gestão pública e de, aberta e claramente, se ocuparem de questões de Direito Administrativo (*v.g.*, sobre o sentido e a extensão da tutela administrativa do Estado sobre os institutos públicos), os tribunais afastaram, *in casu*, a exceção da incompetência material absoluta invocada pelo Estado e afirmaram-se competentes para apreciar o litígio e para o resolver.

A experiência mostra que, em inúmeras situações, são legítimas e compreensíveis as dúvidas sobre a ordem judicial competente para apreciar determinados litígios. Mas, temos de o dizer, não é assim no caso em apreciação. Em bom rigor, não descortinamos um único argumento que possa sustentar a posição dos tribunais em se afirmarem competentes para apreciar um pedido de indemnização por omissão da prática de um ato administrativo. Trata-se de um caso que integra o *núcleo indiscutível* de competências da jurisdição administrativa: quer na lei em vigor atualmente [cf. art. 4.º, n.º 1, alínea *f*), do ETAF], quer naquela que estava em vigor no início do processo [cf. art. 51.º, n.º 1, alínea *h*), do ETAF de 1984].

Mas, para, como se impõe, sermos “isentos”, temos de dizer que o nosso juízo sobre as decisões proferidas neste caso pelos tribunais de recurso é essencialmente crítico apenas quanto à afirmação da respetiva competência para apreciar um caso do foro administrativo (bem como quanto às considerações do Tribunal da Relação de Lisboa a respeito da tutela do Estado sobre os institutos públicos). Mas esse mesmo juízo já não atinge a substância da decisão do STJ, na parte em que condena o ISSS, I.P., pela omissão da prática do ato de encerramento do lar. Embora os contornos particulares do caso concreto, situado numa “zona de certeza” (CARLA AMADO GOMES), *facilitassem* o desfecho, impõe-se afirmar e sublinhar que o tribunal decidiu bem. Estamos, pois, diante de uma boa decisão proferida por um tribunal incompetente.

Embora num contexto normativo que se apresenta muito diferente do atual, regista-se que também proveio dos tribunais judiciais a importante e histórica condenação do Estado

pela omissão do dever de legislar no “caso Aquaparque” <sup>(4)</sup>. Hoje, por força do art. 4.º, n.º 1, alínea f), do ETAF, o julgamento das questões sobre responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes do exercício das funções política e legislativa cabe aos tribunais da jurisdição administrativa.

## **2. Ação administrativa oficiosa**

A inação administrativa oficiosa é o reverso da ação administrativa oficiosa, ou seja, da ação administrativa que, nos termos da lei, se inicia e se desenvolve por impulso próprio da Administração Pública, sem necessidade de qualquer solicitação exterior. Em todos os casos, a ação administrativa oficiosa funda-se numa “norma de competência”, ou seja, numa norma jurídica (em regra constante de uma lei) que concede ou atribui a um órgão da Administração Pública um *poder* – um “posse”, um “können” <sup>(5)</sup> – de atuar em vista da realização do interesse público. Mas, no presente contexto, interessa chamar a atenção para o carácter funcional da ação administrativa não apenas ou não tanto na sua vinculação à realização do interesse público, mas, primordialmente, na sua ligação à proteção e à realização dos direitos dos cidadãos. A especial consideração deste enfoque é inspirada por uma compreensão do Direito Administrativo que se erige sobre os valores da realização do interesse público, mas também da realização e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos.

### *2.1. Ação administrativa oficiosa para a proteção dos direitos dos cidadãos no quadro de uma articulação entre responsabilidade pública de garantia e responsabilidade pública operativa*

Retomamos o caso relatado para sublinhar as suas feições de um caso exemplar. Com efeito, o que aí temos é um dano provocado num contexto em que imediatamente se identifica, por um lado, uma relação entre particulares (a relação contratual entre o dono e cada um dos residentes de um lar privado), e, por outro lado, uma relação entre

---

<sup>(4)</sup> Sobre esta decisão, cf. FREITAS DO AMARAL/RUI MEDEIROS, “Responsabilidade Civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.ºs 3-4, 2000; J. J. GOMES CANOTILHO, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134.º, n.ºs 3927-3928, pp. 220 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, “Dever de Legislar e Dever de Indemnizar a propósito do caso Aquaparque do Restelo”, in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano I, n.º 2, 2000, pp. 93 e segs.

A responsabilidade por omissão do dever de legislar encontra-se regulada no art. 15.º, n.º 3 (e n.º 5), do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

<sup>(5)</sup> ROGÉRIO E. SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 8.

um particular e a Administração Pública, ou seja, a relação de regulação (licenciamento e fiscalização) entre o dono do lar e as entidades públicas competentes para o licenciamento e a fiscalização de estabelecimentos de apoio social <sup>(6)</sup>.

Embora, numa primeira leitura, com contornos menos nítidos, a verdade é que a essas duas relações acresce uma terceira: a que se processa entre os residentes no lar e a Administração Pública; é, de resto, precisamente no âmbito desta relação que emerge o caso judicial relatado, o qual pressupõe que os residentes do lar têm um *direito* em face da Administração ao exercício das competências de fiscalização e de encerramento do lar.

Em vista de situações como essa, a doutrina alude ao conceito de *relações triangulares* <sup>(7)</sup>, para indicar um fenómeno de conjugação triangular entre três relações jurídicas. Em primeiro lugar, relações jurídicas que se desenvolvem na sociedade e no mercado entre os particulares, intervindo uns na condição de responsáveis por atividades económicas ou de outra natureza (v.g., prestação de serviços, fornecimento de bens, laboração de indústrias, construção de edifícios) e outros na condição de consumidores, utilizadores, clientes ou simplesmente de afetados por aquelas atividades. Considerando a figura de um triângulo, essa relação corresponde à base: num dos vértices, temos os particulares responsáveis por atividades privadas reguladas (“regulados”), que se encontram onerados com deveres e proibições de vária ordem e sujeitos à regulação (em sentido amplo) do Estado; no outro vértice, temos os cidadãos em geral, que, conforme o caso, podem ser consumidores, clientes, utilizadores ou simplesmente afetados. Depois, cada um dos sujeitos dessa relação (jurídico-privada) de base é também sujeito de uma relação com o Estado: os regulados são sujeitos da *relação de regulação* e estão expostos aos poderes de fiscalização e de sancionamento do Estado; os cidadãos em geral, utilizadores ou consumidores, na condição de “beneficiários” <sup>(8)</sup>, podem surgir, em certas condições, como sujeitos de uma *relação de proteção* e titulares do direito a uma ação do Estado sobre os regulados.

---

<sup>(6)</sup> Sobre esta relação, cf. Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 99/2011, de 28 de setembro.

<sup>(7)</sup> Sobre esta dimensão triangular, sobretudo no quadro do dever estadual de proteção dos utilizadores dos serviços regulados, cf. J. HELLERMANN, “Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, n.º 70, 2011, Berlin, Walter de Gruyter, pp. 371 e segs.

<sup>(8)</sup> Sobre o conceito de beneficiários da regulação administrativa (“regulatory beneficiaries”), cf. C. R. SUNSTEIN, “Standing and the privatization of public law”, in *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, pp. 1432 e segs.; L. S. BRESSMAN, “Judicial review of agency inaction: an arbitrariness approach”, in *New York University Law Review*, vol. 79, 2004, pp. 1657 e segs. (*passim*); E. BIBER, “Two sides of the same coin: judicial review of administrative agency action and inaction”, in *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 26, n.º 3, 2008, pp. 461 e segs.; aludindo, precisamente no mesmo sentido, a “administrados beneficiários” ou “beneficiários administrativos”, cf. R. B. STEWART/C.R. SUNSTEIN, “Public programs

Só por si, o caso julgado que inspirou o presente texto já evidencia o lugar da *inação administrativa* <sup>(9)</sup> como um dos grandes temas da atualidade, que carece de uma reflexão séria e profunda, em particular, no âmbito das missões de promoção oficiosa de fiscalização e de vigilância do Estado Administrativo.

Com efeito, em relação à generalidade das ações privadas que se desenvolvem na economia e no mercado (prestação de serviços e venda de produtos) e a muitas outras que se exercem na sociedade civil (solidariedade, voluntariado), o Estado assume, em geral, uma *responsabilidade pública de garantia* <sup>(10)</sup>, ou seja, um dever de *assegurar* ou de *garantir* que as ações privadas se desenvolvem em conformidade com certas exigências e estão em condição de produzir certos resultados: neste sentido, revela-se adequado recuperar a noção de “posição de garante” – utilizada, em 1971, por H.-U. GALLWAS – para referir a situação do Estado enquanto estrutura de garantia da realização do bem comum, num contexto de cooperação e de articulação com a sociedade civil <sup>(11)</sup>.

A responsabilidade pública de garantia materializa-se em ações e deveres de ação pública e dá, pois, lugar, a outras responsabilidades, confiadas à Administração Pública.

---

and private rights”, in *Harvard Law Review*, vol. 95, 1982, em especial, pp. 1201 e segs. Com interesse, veja-se ainda N. A. MENDELSON, “Regulatory beneficiaries and informal agency policymaking”, in *Cornell Law Review*, vol. 92, n.º 3, 2007, pp. 397 e segs., que distingue os *beneficiários diretos*, que recebem dinheiro ou serviços do Estado Administrativo, e os *beneficiários indiretos da ação administrativa*, que beneficiam da ação do Estado mas que não têm qualquer relação direta com este (“these groups benefit from the government’s regulation of others”)

<sup>(9)</sup> A inação administrativa corresponde à inação da Administração Pública; mas, claro, há também a inação legislativa (que se associa ao tema da omissão do dever de legislar), a inação judicial, bem como a inação política ou governamental: no contexto do direito norte-americano, sobre a inação presidencial, cf. J. A. LOVE/A. K. GARG, “Presidential inaction and separation of powers”, in *Michigan Law Review*, vol. 112, 2014, pp. 1195 e segs. (no sentido de que o sistema político-constitucional norte-americano contém formas de controlo da ação do Presidente, mas desconhece formas de controlo da sua inação e das suas decisões internas – dirigidas às agências – de orientação para a inação); D. E. WALTERS, “The judicial role in constraining presidential nonenforcement discretion; the virtues of an APA approach”, in *The University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2016, pp. 1911 e segs. (advogando uma transposição para o universo jurídico-constitucional da abordagem jurídico-administrativa da “agency inaction”); Z. S. PRICE, “Enforcement discretion and executive duty”, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, n.º 3, 2014, pp. 761 e segs. (tendo como alvo certas políticas de abstenção do Presidente Obama, na investigação de crimes de tráfico de marijuana ou na suspensão de medidas contra imigrantes clandestinos, o Autor defende que a discricionariedade presidencial de execução da lei é limitada e, salvo autorização do Congresso, não pode envolver políticas de “licenciamento” de condutas ilegais, nem de não execução da lei em relação a grupos de infratores; essas formas de discricionariedade colidem com o princípio segundo o qual os Presidentes não têm o poder de suspender as leis, nem de dispensar o cumprimento da lei).

<sup>(10)</sup> Sobre a diversificação dos graus de responsabilidade pública e, em particular, a responsabilidade pública de garantia, cf., da nossa autoria, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 163 e segs.

<sup>(11)</sup> Cf. H. U. GALLWAS, “Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private”, in *VVDStRL*, n.º 29, 1971, pp. 221 e segs. (pp. 225 e segs.).

É o que ocorre desde logo com a *responsabilidade de regulamentação*: desta se ocupa, em primeiro lugar, o legislador, mas também, cada vez mais, a Administração Pública, através da emissão de regulamentos administrativos; em ambos os casos, os poderes públicos veem-se convocados a estabelecer regras de conduta, no sentido de condicionar e de limitar as atuações privadas, por via da imposição de deveres e proibições. Em geral, esta é uma regulamentação de matriz *dirigista* e *intrusiva* que induz os particulares a adotarem condutas que se supõe que os mesmos não adotariam de uma forma espontânea. Pode tratar-se de uma regulamentação de direito privado, se se dirige a regular as relações entre particulares <sup>(12)</sup>, ou de Direito Administrativo, se suscita uma intervenção da Administração Pública, impondo aos particulares deveres que eles têm de cumprir perante a Administração Pública ou proibições cuja violação cabe à Administração Pública sancionar. Em particular, nestes últimos casos, em que as normas de Direito Administrativo se dirigem aos particulares, a regulamentação consiste em definir requisitos, condições, limites e proibições com o propósito de proteger o interesse geral da coletividade, bem como os interesses de categorias específicas de cidadãos (beneficiários da ação administrativa).

Na atualidade, em regra, as ações privadas com algum relevo social ou económico são disciplinadas pelo Direito Administrativo, que, em geral, delinea requisitos, condições e limites e estabelece proibições: trata-se da faceta do Direito Administrativo enquanto disciplina de orientação e de regulação da ação dos particulares, *rectius*, “dos particulares em relação com a Administração Pública” <sup>(13)</sup>. A responsabilidade pública, do Estado, de regulamentar a vida social contribui fortemente para a expansão da “província do Direito Administrativo” <sup>(14)</sup>.

A atuação privada na economia e na sociedade não se rege sempre e apenas pelo direito privado. Longe disso. Não vivemos numa nova “Sociedade civil pautada pelo

---

<sup>(12)</sup> Sobre o direito privado como fonte de regulação de comportamentos dos particulares, cf. A. HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Tübingen, Siebeck, 2016.

<sup>(13)</sup> No sentido do Direito Administrativo como um direito da Administração, bem como dos “cidadãos em relação com a Administração” (“Bürger... im Verhältnis zur Verwaltung”), cf. D. EHLERS, , in D. EHLERS/H. PÜNDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, 2016, p. 139.

<sup>(14)</sup> Para usarmos o título de uma obra coletiva de referência: *The Province of administrative law*, ed. por M. TAGGART, Oxford, Hart Publishing, 1997



direito privado”<sup>(15)</sup>: o (indiscutível) reforço e o crescimento do papel da Sociedade e do mercado e das responsabilidades privadas e o relevo crescente dos processos privados de defesa e de realização dos direitos não envolveram o descomprometimento estadual, desde logo quanto ao *enforcement* da regulamentação pública. Neste quadro – que, em certo sentido, se poderia configurar como o de uma “Sociedade civil pautada pelo Direito Administrativo” –, as missões que o Estado é chamado a empreender visam a realização do interesse público, mas também, e com intensidade crescente, a proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, na condição de consumidores ou de utilizadores de bens e de equipamentos privados, de trabalhadores, bem como, em geral, na de potenciais lesados pelo irregular funcionamento de atividades privadas. Surge, aqui, uma responsabilidade pública de execução ou de operação: agora, claramente, é o Estado Administrativo que vai ser instado a intervir, com uma ação concreta, no terreno.

Nestes domínios, a ação direta da Administração Pública, a ação administrativa, desenvolve-se no quadro de um Direito Administrativo ordenador<sup>(16)</sup>, através de medidas de sentido essencialmente fiscalizador e de vigilância, mas também de acompanhamento e de monitorização, e que, sendo o caso, podem ainda envolver a adoção de providências de remoção de perigos e de minimização de riscos (a título cautelar, temporário ou definitivo) ou de repressão das transgressões (violação de proibições e incumprimento de deveres) no âmbito do ilícito administrativa (ilícito de mera ordenação social). Já se vê que a “ação” administrativa emerge como um elemento essencial para a proteção do interesse público e para a proteção dos direitos dos particulares.

Para esse efeito, a Administração vê-se equipada de um vasto *instrumentarium* de meios jurídicos que lhe permitem cumprir as múltiplas incumbências decorrentes da sua responsabilidade de garantia do correto funcionamento dos sistemas económicos e sociais e de proteção dos direitos dos cidadãos<sup>(17)</sup>: não tendo um exclusivo nesse âmbito, é precisamente sobre a Administração que recai o essencial da responsabilidade efetiva decorrente de um *dever estadual de proteção dos direitos dos cidadãos*<sup>(18)</sup>.

---

(15) Sobre o conceito de “Sociedade civil pautada pelo direito privado”, cf. K. RIESENHUBER, “Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht”, in K. RIESENHUBER (org.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen, Siebeck, 2009, pp. 1 e segs

(16) Cf. C. A. SUNDFELD, *Direito Administrativo Ordenador*, São Paulo, Malheiros, 2003.

(17) Quando a Administração não esteja equipada com as competências necessárias para proteger os cidadãos em face dos perigos a que se encontram expostos, teremos, em princípio, um caso de déficit de legislação e, por conseguinte, um problema de omissão do dever de legislar.

(18) Sobre este dever estadual de proteção dos direitos dos cidadãos como elemento central para a compreensão de um “Direito Administrativo de garantia”, cf. *Entidades Privadas, cit.*, pp. 182 e segs.

Um elemento característico do perfil de todos esses meios jurídicos consiste na respetiva *oficiosidade*. Quer dizer, os procedimentos por meio dos quais se põem em operação as competências administrativas de fiscalização, de controlo, de imposição e de punição surgem delineados, em geral, como procedimentos de iniciativa oficiosa, cuja propulsão ou ativação se baseia, nos termos da lei, num ato da própria Administração Pública, e não em requerimento ou em qualquer forma de solicitação externa. Ou seja, é a Administração Pública que, nos termos previstos na lei, tem a responsabilidade de pôr em movimento as suas competências e de, *por sua iniciativa*, realizar ações de inspeção e de vigilância, adotar as medidas de imposição e de proibição que se imponham para prevenir danos e sancionar os infratores. Estamos, portanto, em face, de competências administrativas oficiosas ou de exercício oficioso.

Nestes termos, pode dizer-se que a filosofia do sistema em que assenta a ideia de *responsabilidade pública de garantia* “conta” com a presença e, sobretudo, com a ação efetiva da Administração Pública no desempenho de uma *responsabilidade pública executiva ou operativa*, de exercício de competências oficiosas e enquanto polo de garantia do correto funcionamento e da observância das regras aplicáveis às atividades privadas que se desenvolvem no espaço social e no mercado.

## **2.2. Ação administrativa oficiosa para a realização dos direitos dos cidadãos**

Além da *proteção*, também a *realização* dos direitos dos cidadãos está, muitas vezes, dependente da ação oficiosa da Administração: tendencialmente, a *ação oficiosa de proteção* processa-se em relações triangulares, nos termos que vimos; agora, a ação oficiosa destinada à realização de direitos processa-se em relações bipolares, que têm de um lado a Administração, onerada com deveres de atuar e de prestar, e do outro lado, os cidadãos, na condição de titulares de direitos a prestações ou de beneficiários diretos das mesmas. Aqui, os cidadãos surgem na condição de *beneficiários diretos da ação administrativa* <sup>(19)</sup>. A ação administrativa na prestação de serviços públicos (saúde, educação) ou na gestão e na disponibilização de infraestruturas (estradas) revela-se decisiva para a realização dos direitos sociais dos cidadãos.

---

<sup>(19)</sup> Cf. MENDELSON, “Regulatory beneficiaries and informal agency policymaking”, *cit.*, p. 413, no sentido de que estes beneficiários da ação administrativa são os titulares dos “novos direitos de propriedade”.

### 3. Inação administrativa oficiosa

É chegado o momento de definirmos os contornos da figura que cunhámos com a designação “inação administrativa oficiosa”: trata-se, com efeito, de identificar uma forma de *inação, de inércia, de omissão ou de não exercício pela Administração Pública das suas competências próprias de atuação oficiosa*.

A inação administrativa oficiosa distingue-se da inação administrativa na sequência de um pedido ou solicitação externa no sentido da tomada de uma decisão administrativa, situação que se reconduz ao incumprimento de um dever na configuração deste segundo o *princípio da decisão* [arts. 13.º e 129.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)]: forma de inação, inatividade ou inércia que opera em procedimentos de heteroiniciativa, particular ou pública. O remédio para reagir contra esta inação administrativa é a ação de condenação à prática de ato administrativo, nos termos do art. 67.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) (a lei pode determinar que a ausência de decisão no prazo definido corresponde ao deferimento da pretensão, caso em que temos uma ficção de ato administrativo: deferimento tácito – cf. art. 130.º, n.º 1, do CPA) <sup>(20)</sup>. No plano das relações interadministrativas, a inação pode determinar a *dispensa da exigência do ato omitido*, nos termos dos arts. 130.º, n.ºs 4 e 5 (atos de autorização e de aprovação) e 92.º, n.ºs 5 e 6, do CPA (pareceres obrigatórios).

A figura de inação de que nos ocupamos a título principal também se distingue da inação correspondente à não satisfação de pedidos formulados no exercício do direito de acesso à informação procedimental ou do direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, contra a qual os interessados podem reagir, em ação administrativa urgente, pela via da intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (art. 104.º do CPTA). Em todos os casos anteriores, a ação da Administração Pública baseia-se num “princípio do pedido” ou “do dispositivo”, ao qual se contrapõe o “princípio de iniciativa oficiosa”.

Num outro ponto, haverá oportunidade de analisar a conjugação entre “competência de iniciativa oficiosa” e “legitimação procedimental”: a instituição de uma competência de iniciativa oficiosa não exclui um direito de iniciativa procedimental, ou seja, um direito de suscitar o exercício dessa competência (cf. ponto 11.1).

---

<sup>(20)</sup> Sobre o regime anterior ao CPTA, em que essa forma de inatividade tinha o valor formal de ato administrativo, cf. MARGARIDA CORTEZ, “A inactividade formal da Administração como causa extintiva do procedimento e suas consequências”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2002, pp. 367 e segs.

A aqui designada inação administrativa oficiosa pressupõe uma relação direta e exclusiva da Administração Pública com uma norma de competência e dá-se sempre que se verifica a situação concreta que essa mesma norma contempla como condição da sua aplicação: a existência ou a verificação do pressuposto da aplicação da norma de competência – que, em todos os casos, concede um poder – *autoriza* ou *impõe* a ação da Administração e, em ambos os casos, o facto de esta não agir corresponde a uma inação.

A conceção muito larga que se advoga de inação administrativa oficiosa – que abrange “tudo o que a Administração não faz” na sua esfera de competências officiosas, ou seja, na esfera daquilo que pode ter a iniciativa de fazer – tem, inicialmente, apenas o propósito de proceder à delimitação da geografia da inação administrativa, sem qualquer preocupação dogmática, de construção de um regime jurídico definido a qualquer forma de inação administrativa <sup>(21)</sup>.

Embora muito do que se encontra no presente texto resulte de reflexões desenvolvidas a partir da literatura norte-americana sobre o tema da “agency inaction” (em especial sobre a problemática da admissibilidade e da extensão do respetivo controlo judicial), o mesmo afasta-se no ponto de partida sobre o próprio conceito de inação administrativa. De facto, essa doutrina compreende a “agency inaction” como “an agency's express or implied refusal to take action to implement its statutory authority” <sup>(22)</sup>. Nesse sistema, a inação reporta-se, pois, a decisões, explícitas ou implícitas, de recusa de ação (“decisions not to act”), bem como a situações de diferimento da iniciativa oficiosa de ação <sup>(23)</sup>.

Apesar de o nosso ponto de partida não ser determinado pelo propósito de traçar um regime jurídico para todos os casos de inação na sua forma natural, o certo é que, em termos teóricos, não se exclui que, no ponto de chegada, venhamos a encontrar uma disciplina que efetivamente dispensa, em geral ou em casos particulares, uma “recusa de agir” ou uma “decisão de não agir” – expressa ou tácita – como pressuposto de operatividade da tutela judicial. Com efeito, a relevância jurídica da inação não tem de se esgotar nos cenários em que a Administração decide, expressa ou tacitamente, não agir ou não responder a um estímulo exterior no sentido de agir. O regime de tutela

---

<sup>(21)</sup> Em termos diferentes dos que aqui seguimos, no sentido da assunção de um conceito inicial de inação como fenómeno que ocorre “sempre e quando exista uma obrigação legal de atuar”, cf. J. M. MONTORO CHINER, “La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Controllo jurisdiccional ‘versus’ fracaso legislativo”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 110, 1986, pp. 263 e segs.

<sup>(22)</sup> Neste sentido, cf. G. STASZEWSKI, “The Federal Inaction Commission”, in *Emory Law Journal*, vol. 59, 2009, p. 373.

<sup>(23)</sup> Cf. BIBER, “Two sides of the same coin...”, *cit.*, pp. 461 e segs.

contra a inação administrativa oficiosa pode não depender da presença da solicitação externa no sentido da promoção da ação administrativa, nem, tão-pouco, apresentar variações em função da presença, ou não, de uma tal solicitação. Assim, a tutela judicial primária (dirigida a uma condenação a agir), bem como a tutela judicial indemnizatória (dirigida à indemnização por danos provocados pelo não agir) poderão, eventualmente, ver-se mobilizadas em caso de “mera inação”, quer dizer, de inação administrativa não baseada em recusa ou decisão de não agir, nem correspondente à violação de um estrito dever de agir. Se isto se confirma ou não, eis o que vamos procurar perceber nas linhas que se seguem.

Por outro lado, o facto de se assentar o presente estudo num conceito de inação administrativa desligado de referência a um dever ou a uma obrigação – a inação refere um não agir, mas não, necessariamente, a violação de um dever de agir –, não pretende sugerir a diferença, que haverá de existir e, de resto, haverá de se apresentar essencial, entre os casos de mera inação e de inação-incumprimento. Sucede que, como ponto de partida da análise, parece adequado considerar a inação administrativa oficiosa como um *resultado* que se produz sempre que se encontram verificados os pressupostos legais e de facto de uma intervenção (ação) da Administração Pública.

#### **4. Delimitação do tema: a inação administrativa oficiosa como fenómeno de não execução de normas jurídicas (normas de competência)**

Nos termos em que a definimos – forma de *inação, de inércia, de omissão ou de não exercício pela Administração Pública das suas competências próprias de atuação oficiosa* –, a inação administrativa oficiosa parece produzir-se no contexto de aplicação de qualquer fonte geradora de uma possível ação administrativa oficiosa: a fonte desta ação pode consistir numa norma jurídica, mas também num ato jurídico não normativo.

Assim é, de facto. Contudo, se bem interpretada, a referência a “competências próprias de atuação oficiosa” sugere estar envolvida uma inação da Administração que se produz no âmbito da execução (*rectius*, da não execução) de normas jurídicas, em concreto, das “normas de competência”, ou seja, das normas jurídicas que atribuem as competências oficiosas à Administração.

A ligação da inação administrativa oficiosa à não execução, ao “non enforcement”, de normas (normas de competência) exclui da presente análise as situações de inação da Administração num quadro em que o poder ou, porventura, o

dever (oficioso) de agir decorre de um ato não normativo, *v.g.*, de um contrato ou de um ato administrativo.

A distinção entre a inação na execução de normas e a inação na execução de atos jurídicos não normativos está consagrada ou, pelo menos, pressuposta na lei: veja-se, no CPTA, a referência a “deveres de prestar *que diretamente decorram de normas jurídico-administrativas*” – em contraposição a deveres de prestar “que tenham sido constituídos por atos jurídicos praticados ao abrigo de disposições de direito administrativo”: arts. 2.º, n.º 2, alínea *j*), e 37.º, n.º 1, alínea *j*).

A contraposição pressuposta nos preceitos que acabámos de referir ocorre entre “deveres que resultam diretamente de normas” e “deveres que resultam de atos jurídicos”. Outra coisa ocorre no caso do dever de praticar ou de emitir um ato administrativo “*que resulte diretamente da lei*” [cf. arts. 67.º, n.º 4, alínea *a*), e 68.º, n.º 1, alínea *b*)]: aqui, o conceito de dever resultante *diretamente* da lei tem o sentido de referenciar um “dever de cumprimento oficioso” (de praticar um ato administrativo), em contraposição ao dever de praticar um ato administrativo na sequência de requerimento do interessado.

A diferença essencial entre as duas situações – deveres de agir de decorrentes de normas e deveres de agir decorrentes de atos jurídicos – projeta-se essencialmente no plano processual, pois que, pelo menos em princípio, o dever constituído por ato jurídico é um dever a exercer num âmbito delimitado pelo próprio ato jurídico, perante um administrado ou um universo circunscrito de administrados <sup>(24)</sup>. Não é naturalmente assim no caso do dever que decorre diretamente de uma norma: o dever de agir surge num quadro geral, razão porque só em sede de execução (ou de não execução) se circunscreve e se apura especificamente o universo de administrados beneficiários da imposição do dever que estão em condição de exigir o respetivo cumprimento.

Sem prejuízo do exposto, importa chamar a atenção para situações que, de certo modo, atenuam o carácter taxativo da distinção.

---

<sup>(24)</sup> Em Espanha, a Lei da Jurisdição Contencioso-administrativa estabelece o seguinte: “quando a Administração, por força de uma disposição geral que não careça de atos de aplicação ou em virtude um ato, contrato ou convénio administrativo, esteja obrigada a realizar uma prestação concreta *em favor de uma ou várias pessoas determinadas*, quem tiver direito a essa prestação pode reclamar à Administração o cumprimento da referida obrigação. Se no prazo de três meses desde a data da reclamação, a Administração não der cumprimento ao solicitado ou não chegar a acordo com os interessados, estes podem deduzir recurso contencioso contra a inatividade da Administração”; sobre a articulação entre disposições de carácter geral e direitos de pessoas determinadas a prestações concretas, cf. R. DE VICENTE DOMINGO, *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Pamplona, Civitas, 2014, pp. 216 e segs.

Assim, a ação administrativa que se desenvolve em execução de contrato (v.g., ação de concessionários) pode assumir contornos próximos da ação que se processa em execução de normas: eis o que ocorre com a execução do contrato na perspectiva dos administrados “em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas” – cf. art. 77.º-A, n.º 3, alínea b), do CPTA, no sentido da legitimidade processual das pessoas singulares e coletivas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas.

Um fenómeno idêntico pode verificar-se com a execução de atos administrativos a que a Administração não dê a devida execução: em relação aos beneficiários diretos e identificados, a execução de atos administrativos (ampliativos e que constituem direitos a prestações) não se confunde com a execução de normas, pois, além do mais, o próprio ato define o círculo dos beneficiários da sua execução <sup>(25)</sup>; mas a aproximação à execução de normas já se verifica na execução oficiosa de atos administrativos impositivos de deveres que os destinatários não cumprem: neste caso, os (eventuais) beneficiários da execução não estão, em princípio, definidos em momento anterior à fase da execução.

## **5. Inação administrativa oficiosa e norma de competência**

Vimos que na opção aqui seguida, a inação administrativa oficiosa abrange toda a “não ação”, que ocorre em “esferas de ação *possível*” da Administração Pública.

Nessa configuração, a inação administrativa oficiosa, além de não ter um sentido pejorativo <sup>(26)</sup>, não indica um estado patológico, nem, portanto, a violação de deveres da Administração, muito menos num quadro de ilicitude <sup>(27)</sup>; representa simplesmente o facto de a Administração não agir numa circunstância específica *em que poderia agir*,

---

<sup>(25)</sup> Nesta hipótese, há uma coincidência entre o destinatário do ato administrativo e o beneficiário dos respetivos efeitos (v.g., decisão de atribuição de um subsídio a uma empresa). Referindo-se, neste âmbito, ao conceito de “executoriedade bilateral” dos atos administrativos – que se distingue da clássica executoriedade (“unilateral”), a qual se traduz no emprego de meios coercivos pela Administração Pública contra o particular que não cumpriu os deveres impostos por ato administrativo –, cf. F. BOCCHINI, *Azione amministrativa materiale e diritti dei cittadini*, Padova, Cedam, 2011, em especial, pp. 111 e segs. Sobre a inatividade administrativa na execução de atos administrativos, cf. R. DE VICENTE DOMINGO, *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

<sup>(26)</sup> Aludindo nestes termos (embora deles se distanciando) ao conceito de “agency inaction”, cf. S. B. JACOBS, “The administrative state’s passive virtues”, in *Administrative Law Review*, vol. 66, n.º 3, 2014, p. 621.

<sup>(27)</sup> No sentido de a omissão poder existir fora do quadro da ilicitude, cf. MARGARIDA CORTEZ, “A responsabilidade civil da Administração por omissões”, *cit.*, p. 33.

por dispor de poder ou competência para agir, e em que se verificam os pressupostos concretos da norma de competência.

Mas este ponto merece alguma atenção suplementar, porquanto, além do mais, toca a compreensão estabelecida em relação ao conceito de competência administrativa.

Com efeito, é sabido que as competências correspondem, em geral, a poderes funcionais ou “poderes-deveres”, poderes conexos com deveres <sup>(28)</sup>. Esta premissa induz à conclusão de que as competências oficiosas da Administração estabelecem *poderes*, mas também, em todos os casos, *deveres de agir* e, assim, de exercitar as competências concedidas.

Todavia, quando interpretada assim, de uma forma rígida e com a pretensão de a formular em termos gerais, essa conclusão revela-se incorreta.

Na verdade, nem sempre o facto de a Administração *poder fazer* algo – dispor de “competência para”, “ter o poder de” – implica que tenha o *dever de fazer* esse algo ou, pelo menos, que tenha de o fazer em todo o lado, ao mesmo tempo, sempre que se verifiquem as circunstâncias concretas que o tornem possível.

As competências administrativas oficiosas correspondem, de facto, a “poderes”, a “poderes funcionais” – ou seja, poderes a exercer ao serviço de uma função definida externamente –, mas delas não emergem sempre, e em todos os casos, *deveres de agir específicos*, ou seja, deveres de exercício obrigatório num contexto determinado de tempo e de lugar. Mais, deve-se mesmo considerar a hipótese de uma desligação entre *poder* (competência) e *dever* de agir, no caso das normas permissivas.

Tendo isso em consideração, revela-se útil apresentar uma tipologia da estrutura de normas de competência oficiosa.

### **5.1. Normas de competência oficiosa com discricionariedade de ação**

Em primeiro, e aliás na linha do que acaba de se adiantar, há que considerar as hipóteses em que a competência oficiosa se encontra inscrita numa *norma permissiva*, de exercício facultativo. Aqui, a competência de ação não corresponde a um dever de ação, limitando-se a norma de competência a conferir um poder à Administração e, em simultâneo, a conferir-lhe o poder de decidir “se” vai agir ou não. Temos aqui um poder

---

<sup>(28)</sup> Cf. ROGÉRIO E. SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, cit., p. 181.



de agir desligado de um dever de agir, e, portanto, uma “discricionariedade de ação”<sup>(29)</sup>.

Bem sabemos que a doutrina mais avalizada e que tem sido a nossa inspiração de sempre sustenta que o poder da Administração é “*um poder com dever de exercitar*”, quer dizer, um “*poder conexo com dever*”<sup>(30)</sup>. Assim também nos parece em geral; mas não no caso de *normas (de competência) permissivas*.

Nem sempre se revela simples a determinação do carácter puramente permissivo de uma norma de competência. Na verdade, o conceito normativo de “pode” [“preceito de possibilidade”<sup>(31)</sup>] revela-se suscetível de ser interpretado como faculdade, permissão, que remete para um poder de escolha entre fazer ou não fazer (“pode” ou “pode não”), concedido por uma norma permissiva. Mas não se deve excluir que o “pode” referencie, não um poder de escolha entre agir ou não agir, mas antes um “poder-dever” de agir e, por conseguinte, uma competência pública que, afinal, se revela de exercício obrigatório.

Assim, a conclusão segundo a qual uma norma jurídica que enunciar que um “*órgão administrativo pode*” se apresenta como meramente permissiva só se alcança quando nela se acolhe de forma clara a atribuição ao agente aplicador de um poder de escolha entre agir ou não agir, de optar entre estas duas possibilidades (“Wahl zwischen den beiden Möglichkeiten”). Em suma, tem de se afigurar claro que a norma “deixa em aberto com inteira igualdade a hipótese positiva e a negativa” e que o critério que dita a opção pode ser configurado pelo órgão<sup>(32)</sup>. Se, nos termos da norma, o “pode” é mesmo um poder de escolher entre agir ou não agir, então, a execução dessa norma é suscetível de se materializar numa ação ou numa omissão.

Exemplo de uma norma permissiva: norma do regime jurídico das autarquias locais que permite às câmaras municipais conceder apoios financeiros a certas entidades.

---

<sup>(29)</sup> Sobre o conceito de discricionariedade de ação ou de intervenção (“*Entschließungsermessen*”), cf. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, C.H. Beck, 2011, p. 151; M. JESTAEDT, in EHLERS/PÜNDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 365.

<sup>(30)</sup> ROGÉRIO E. SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, cit., pp. 187 e 200.

<sup>(31)</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 313.

<sup>(32)</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 323.

Para os efeitos que estamos a considerar, não se apresenta muito diferente da *norma permissiva* a norma administrativa de competência oficiosa que remete para um juízo próprio do agente administrativo a identificação dos pressupostos concretos da sua ação, atribuindo-lhe um poder de intervenção que exercerá “se considerar oportuno”, “caso entenda indispensável” ou “se a sua intervenção for tida como necessária”. Também aqui estamos perante uma norma que confere ao agente uma discricionariedade de ação. Veja-se, por exemplo, a competência de instauração de procedimento disciplinar no âmbito de relações de emprego público, regida por um princípio de oportunidade: nos termos do art. 207.º, n.º 1, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, quando receba participação ou queixa, a entidade competente para instaurar procedimento disciplinar decidirá “se a ele deve ou não haver lugar” <sup>(33)</sup>.

Das normas permissivas e daquelas (análogas) que fazem depender a decisão de agir de um juízo próprio do agente devem distinguir-se as normas de competência que conferem ao agente um *poder de qualificação dos pressupostos da ação*: v.g., poder de dar ordens ou de agir em caso de “incumprimento grave”, de “risco para a saúde pública” ou de “violação reiterada”. Só a interpretação em cada caso permite a resposta adequada, mas em geral o emprego do “pode” nestas normas não corresponde a uma permissão, mas antes à concessão de um “poder-dever”, ainda que se trate de um *poder discricionário* (cf. ponto 5.3, na parte final).

Observe-se, por fim, que, em determinados cenários (v.g., por força do princípio da vinculação a decisões anteriores, da proibição de discriminações ou da eficácia de normas de hierarquia superior), o poder de escolha conferido por uma norma permissiva pode ver-se eliminado ou reduzido, em termos de ao agente administrativo só restar uma alternativa: o poder de escolha entre agir ou não agir pode, pois, transformar-se num dever específico de agir – quanto tal suceda, dá-se um fenómeno de “redução a zero da discricionariedade” [“Ermessensreduzierung auf Null” <sup>(34)</sup>].

---

<sup>(33)</sup> Procura-se, assim, preservar um espaço de ponderação que pode conduzir o órgão competente a concluir que a não instauração do procedimento disciplinar se revela a medida mais adequada para o bom funcionamento do serviço. O *princípio de oportunidade* quanto à instauração do procedimento disciplinar atua num plano diferente do *princípio da obrigatoriedade de processo disciplinar*, que a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas também estabelece (art. 194.º): o sentido deste princípio consiste em determinar que “não pode haver sanção disciplinar sem processo” (representa um desvio a este princípio a aplicação da pena de repreensão escrita, que não depende de processo, embora exija a audiência e defesa do trabalhador).

<sup>(34)</sup> Cf. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht cit.*, p. 151; M. JESTAEDT, “Maßstäbe des Verwaltungshandelns”, *cit.*, p. 371.

## 5.2. Normas de competência oficiosa com dever específico de agir

A técnica das normas permissivas não é a mais usual na estruturação das normas de competência oficiosa. A Administração Pública está ao serviço de uma função, os poderes ou competências são-lhe confiados para servir essa função e, por isso, se trata, em regra, de *poderes-deveres*.

Numa análise que tenha em consideração os contornos do dever estabelecido (de exercício obrigatório), as normas que estabelecem competências administrativas officiosas podem bifurcar-se em duas categorias:

i) por um lado, as normas que estabelecem um “dever específico de agir”, isto é, um dever de agir numa situação *real, concreta e determinada* sempre que se verifiquem os pressupostos de facto definidos;

ii) por outro lado, as normas que estabelecem um “dever geral de agir”, isto é, um dever de agir de natureza geral, não específica, no sentido de não associada a uma situação real, concreta e determinada da vida.

Neste ponto, vamos considerar as normas da primeira categoria.

Aí nos parecem caber, por exemplo, os arts. 137.º, n.º 1, do CPA (“quando a adoção de um regulamento seja necessária para dar exequibilidade a ato legislativo carente de regulamentação, o prazo para a emissão do regulamento é, no silêncio da lei, de 90 dias”) ou do art. 76.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (“[...] o órgão competente [...] deve tomar a decisão de adjudicação [...] até ao termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas”). Em ambos os preceitos, a norma impõe uma exigência de atuação e identifica, de uma forma definida, o contexto específico do cumprimento do dever, designadamente em termos temporais <sup>(35)</sup>.

Com contornos particulares, mas correspondendo igualmente a uma competência oficiosa associada a um dever específico de agir, temos a instauração de processos de contraordenação, sempre que a Administração verifique a prática de contraordenações – cf. art. 43.º do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social: “o processo das contraordenações obedecerá ao princípio da legalidade”.

---

<sup>(35)</sup> Sobre a importância de fixação de prazos e de marcos temporais para o desenvolvimento da ação administrativa, cf. J. E. GERSEN/A. J. O’CONNELL, “Deadlines in administrative law”, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, 2008, pp. 924 e segs.; sobre os atrasos na ação administrativa, cf. M. D. SANT’AMBROGIO, “Agency delays: how a principal-agent approach can inform judicial and executive branch review of agency foot-dragging”, in *The George Washington Law Review*, vol. 79, 2011, pp. 1381 e segs.; no sentido de que o incumprimento pela Administração de prazos estritos corresponde a uma inação ilegal, cf. CATHERINE ZALLER, “The case for strict statutory construction of mandatory agency deadlines under Section 706(1)”, in *William & Mary Law Review*, vol. 42, 2011, pp. 1545 e segs.

A lei pode estabelecer desvios a essa regra de legalidade da instauração de processos de contraordenações ou análogos. Assim, no Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) estabelece-se que a Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios “sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos arts. 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”. Estamos aqui diante de uma norma de competência oficiosa com discricionariedade de ação.

### *5.3. Normas de competência oficiosa com dever geral de agir*

Além dos dois tipos de normas de competência indicados nos itens anteriores – normas permissivas e normas que estabelecem um dever específico de agir –, e, de certo modo entre eles, situam-se os casos, aliás mais frequentes, de normas que atribuem competências de iniciativa oficiosa que a Administração Pública “deve exercer” (competências obrigatórias), mas que, por força da natureza das coisas, não podem ser exercidas ao mesmo tempo e em todo o lado, sempre que se verifiquem os respetivos pressupostos <sup>(36)</sup>. A norma estabelece uma competência obrigatória e não admite, como regra geral, a inércia da Administração, mas, evidentemente, não pode exigir que esta faça o impossível <sup>(37)</sup>.

Precisamente em relação a este tipo de situações, o legislador confere, muitas vezes, à Administração Pública um poder de definição das prioridades da sua ação e, sobretudo, de programação e planeamento do desenvolvimento das suas missões. Eis o

---

<sup>(36)</sup> No mesmo sentido, para o direito norte-americano, cf. C. R. SUNSTEIN/A. VERMEULE, “The law of «not now»: when agencies defer decisions”, in *The Georgetown Law Journal*, vol. 103, 2014, pp. 157 e segs.: “agencies cannot possibly undertake rulemaking or adjudicatory action in all cases in which they have both the legal authority and the desire to do so” (p. 178).

<sup>(37)</sup> O facto de não se poder dizer que as normas de competência exigem de uma forma taxativa e universal que a Administração atue só porque está autorizada a atuar conduz alguns autores a considerar que essas normas conferem à Administração “uma ampla discricionariedade para definir estratégias de aplicação e de priorizar os casos que pretendem atingir”; neste sentido, cf. R. E. BARKOW, “Overseeing agency enforcement”, in *The George Washington Law Review*, vol. 84, n.º 5, 2016, pp. 1129 e segs.

que sucede, em regra, em relação aos organismos com funções de inspeção, de controlo, de fiscalização e de monitorização de atividades privadas.

Para ilustrar essa situação, veja-se o art. 7.º do Regime Jurídico da Concorrência, onde se estabelece que a Autoridade da Concorrência, orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, pode, com base nesse critério, “atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões que é chamada a analisar”.

Além disso, mesmo que a lei não atribua explicitamente à Administração com competências genéricas de controlo um tal poder de programação e de definição de prioridades, nem relegue para o juízo discricionário a escolha entre agir ou não agir, afigura-se evidente que não se pode exigir que a Administração exerça todas as suas competências, sempre, em todo o lado e ao mesmo tempo <sup>(38)</sup>. Surge aqui, como se viu, uma restrição imposta pela natureza das coisas, que resulta, digamos assim, da “largura de banda” do sistema <sup>(39)</sup>. Na verdade, a escassez dos recursos humanos e dos meios materiais disponíveis, as condicionantes organizativas, bem como, não raro, o elevado número de alternativas legítimas exigem que se reconheça, em geral, à Administração um poder próprio de programar, de planificar e de definir os alvos preferenciais da sua ação, alocando, da forma que considera mais conveniente e eficaz, os recursos e os meios que lhe são disponibilizados. Existe aqui uma *discricionariiedade de programação do exercício das competências* ou uma *discricionariiedade de alocação de recursos* <sup>(40)</sup>.

No âmbito das normas que vimos a considerar, a Administração Pública tem um dever geral de exercer as suas competências oficiosas – de fiscalização, de inspeção, de vigilância –, não estando em condição de definir uma “estratégia de inação”; com efeito, a discricionariiedade administrativa que aqui vamos encontrar não é entre agir ou não agir, mas quanto à programação, ao planeamento, à definição de alvos e à alocação de recursos. Assim, insiste-se, as normas de competências oficiosas com vinculação geral ou não específica estabelecem competências obrigatórias, que a Administração tem de exercer.

Sucedo, porém, que essas normas não se podem interpretar no sentido de obrigar a Administração a exercer as competências que estabelecem *neste ou naquele lugar* ou

---

<sup>(38)</sup> Nestes termos, cf. K. DATLA, “The tailoring rule; mending the conflict between plain text and agency resource constraints”, in *New York University Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 1989 e segs. e p. 2004.

<sup>(39)</sup> SUNSTEIN/VERMEULE, “The law of «not now»: when agencies defer decisions”, *cit.*, p. 178.

<sup>(40)</sup> Cf. E. Biber, “The importance of resource allocation in administrative law”, in *Administrative Law Review*, vol. 60, n.º 1, 2008, pp. 1 e segs.

*neste ou naquele momento*. E isto parece ter de ser assim, pelo menos em geral, mesmo nos casos em que a Administração Pública define as prioridades das suas intervenções e desenvolve a sua ação a partir dessa definição. Assim, se uma instância de fiscalização do ambiente define como prioridade o controlo das instalações de suínos, não se lhe pode exigir que controle todas as instalações no período definido. A planificação das ações a desenvolver ou a definição de prioridades constituem elementos de orientação, e até podem representar uma vinculação interna do organismo (por exemplo, perante os superiores hierárquicos ou a tutela), mas, em princípio, não estabelecem uma vinculação específica com eficácia externa, nem, por consequência, um dever de agir concretamente definido em termos de tempo e de lugar. Embora com o efeito de reduzir, essas medidas de planificação não eliminam uma discricionariedade no momento da aplicação. Mas também pode suceder que as medidas de planificação apresentem uma elevada densificação e um grau de concretização que as configure, em termos práticos, como instruções ou ordens hierárquicas no sentido do exercício de uma competência num contexto definido: v.g., instrução hierárquica ou tutelar no sentido da realização de vistorias a três estabelecimentos determinados. Neste cenário, os órgãos de fiscalização estão confrontados com uma *vinculação específica*, mas *de carácter interno*.

A planificação e a definição das prioridades da ação administrativa consubstanciam, em princípio, competências dos órgãos dirigentes e politicamente responsáveis da Administração. Por outro lado, e sem prejuízo do carácter discricionário dos instrumentos de planificação (v.g., planos de inspeções ou de vistorias, planos de atividades), deverá admitir-se a suscetibilidade de controlo judicial, designadamente para despistar os casos manifestos de “escolhas seletivas” ou “exclusões arbitrárias”<sup>(41)</sup>. Sabemos que esta tese, no sentido da possibilidade do controlo judicial, se defronta com a dificuldade que decorre de as medidas de planificação constituírem atos internos. Embora o tema suscite reflexões mais desenvolvidas, deixamos aqui expressa a nossa inclinação para considerar de efeitos externos, pelo menos, as medidas de planificação aprovadas no exercício de *competências legais* especificamente conferidas a um determinado órgão administrativo.

Embora se reconheça alguma diferença em relação às normas que acabámos de descrever, reconduzimos à mesma categoria as normas de competências oficiosas que atribuem ao agente administrativo um poder próprio (discricionário) de qualificação dos

---

<sup>(41)</sup> Em termos críticos sobre a deferência judicial (“hands-off approach”) em relação aos planos de “enforcement” das agências americanas, cf. BARKOW, “Overseeing agency enforcement”, *cit.*, p. 1130.

pressupostos da ação: v.g., dever de agir em caso de “violação grave” ou de “perigo para o ambiente”. Nestes casos, apesar de o agente ter uma palavra sobre os pressupostos da sua intervenção, o sentido da norma de competência consiste em desenhar um dever de agir (dever geral) e não em conferir uma faculdade de ação.

## **6. Formas de inação administrativa oficiosa**

A inação administrativa oficiosa corresponde sempre a uma omissão, a um não fazer. O fenómeno abrange, pois, a inação ou “inatividade formal”, consubstanciado na omissão da prática de atos jurídicos correspondentes a formas preestabelecidas (v.g., ato administrativo), bem como a inação ou “inatividade material”, que se efetiva na omissão da prática de uma operação material <sup>(42)</sup>.

De uma certa perspectiva, quando o tema é a inação, parece desprovido de sentido aludir a “formas” de inação, uma vez que o conceito de formas remete para modos ou processos de ação. Não obstante, talvez não se trata de uma referência despropositada, se o conceito de forma de inação tiver o sentido de indicar a “forma da ação omitida”. *Hoc sensu*, a inação administrativa pode ter a forma de omissão de regulamento administrativo <sup>(43)</sup>, de omissão da prática de ato administrativo ou de outro ato jurídico (por exemplo, omissão da redação de um auto de notícia ou de um relatório), ou de omissão da prática de operação material da Administração (ações de fiscalização, de inspeção e de vigilância). Além de fazer sentido em termos teóricos, a determinação da forma de inação conhece ainda uma importância de ordem prática, na medida em que só por essa via se pode determinar o âmbito da *legitimidade processual*, e, portanto, a definição de quem pode exigir judicialmente a ação administrativa em falta.

## **7. Inação administrativa oficiosa e incumprimento de dever de ação**

A inação administrativa oficiosa – o facto de a Administração Pública não agir num contexto em que é competente para agir por sua iniciativa – não corresponde sempre ao incumprimento de um dever. Esta é, de resto, uma conclusão inevitável para quem,

---

<sup>(42)</sup> Sobre esta distinção, cf. VICENTE DOMINGO, *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes*, cit., p. 19. Em termos diversos, sobre a distinção, cf. A. NIETO, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 37, 1962, pp. 96 e segs.

<sup>(43)</sup> Sobre a omissão de regulamentos, cf. ANDRÉ SALGADO MATOS, “Princípio da legalidade e omissão regulamentar”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano*, vol. I, Coimbra, 2006, pp. 193 e segs.; DINAMENE DE FREITAS, “Obrigações legais de regulamentação – Algumas reflexões quase avulsas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra, 2012, pp. 265 e segs.

como nós no presente texto, assumiu um conceito quase natural de inação administrativa oficiosa, como o puro não fazer numa esfera de *ação possível*: assim ocorre nos casos de inação quando se verificam os pressupostos da ação estabelecidos em normas permissivas. Faz, pois, todo o sentido distinguir-se entre “mera inação” e “inação-incumprimento”.

Numa leitura imediata, a correspondência imediata entre *inação* e *incumprimento de dever de ação* só se apresenta clara nos casos de normas de competência oficiosa com um dever específico de ação.

De resto, mesmo aí, importa definir e apurar o condicionalismo concreto que origina o dever específico de ação: assim, por exemplo, o dever de instaurar processos de contraordenação depende da prévia verificação dos factos contraordenacionais; é certo que, nos termos do art. 48.º, n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, as autoridades policiais e fiscalizadoras devem tomar conta de todos os eventos ou circunstâncias suscetíveis de implicar responsabilidade por contraordenação, mas isto pressupõe que as referidas autoridades tenham um conhecimento desses eventos ou circunstâncias. Ora, como se compreende, não se pode exigir que a Administração tenha conhecimento de todas as infrações que ocorrem a toda a hora e em todos os lugares. Nestes termos, o *dever específico* de instauração de processos de contraordenação não pode deixar de se articular com o *dever geral* de fiscalização das atividades que podem dar lugar à prática de contraordenações.

O tema da inação administrativa cruza-se, aqui, com o da *tolerância administrativa* – no presente contexto, a tolerância corresponde, em geral, a uma prática de *renúncia* ao exercício de um poder, que se consubstancia, por exemplo, em “fechar os olhos” a condutas dos particulares que preenchem certos tipos de ilícito administrativo. Em princípio, a tolerância não deve aceitar-se como uma causa legítima de inação. Mas compreende-se que a Administração programe ou, em qualquer caso, desenvolva a sua intervenção segundo um princípio de eficiência na alocação dos recursos disponíveis. Ora, isto pode justificar uma certa tolerância administrativa concretizada na decisão (em princípio, tácita) de não mobilizar meios ou recursos para a fiscalização de irregularidades menores, de bagatelas.

O incumprimento de um dever de agir oficiosamente pode apurar-se com rigor, no caso de ocorrer uma inação, quando se verificam os pressupostos de facto previstos



em normas que estabelecem competências oficiosas com dever específico de agir. Mas não só neste caso se pode identificar um episódio de incumprimento do dever de agir.

Assim, além do cenário de “redução a zero” da discricionariedade, no caso das normas facultativas, uma situação de incumprimento do dever de agir também se pode determinar *em concreto* no caso de normas de competência com *dever geral de ação*.

Com efeito, afigura-se que das normas que definem competências oficiosas com uma vinculação geral ou não específica emerge um *dever específico de ação* (em termos de tempo e de lugar) quando a Administração obtenha o conhecimento efetivo de factos concretos que, interpretados segundo um *critério de razoabilidade*, reclamem a sua intervenção, no sentido da proteção dos bens e interesses que a norma de competência oficiosa visa tutelar, quando estes estão numa situação de perigo, sob a ameaça de lesão ou já a sofrer uma lesão efetiva<sup>(44)</sup>. Entende-se, pois, que a Administração se vê onerada com um dever específico de agir sempre que, pelo conhecimento de que dispõe ou que lhe é transmitido, deva razoavelmente supor que a sua omissão é passível de “causar prejuízos relevantes” (fórmula utilizada no art. 68.º, n.º 2, do CPA).

O conhecimento pela Administração dos contornos concretos de uma situação de perigo que ela tem o poder de prevenir ou remover geram, para o órgão competente, um dever de exercer as suas competências. Este conhecimento – que pode ser direto e oficial ou resultar da iniciativa externa, por meio de denúncias, de queixas ou da apresentação de solicitações de atuação – tem o efeito de eliminar a discricionariedade administrativa de programação e de alocação de recursos e de fazer nascer um *dever específico de agir*. Assim, *v.g.*, a Administração não pode invocar a discricionariedade de programação para não exercer a sua competência de ordenar o encerramento de um estabelecimento que represente um perigo (que ela conhece) para a saúde pública ou para os direitos dos clientes ou para não determinar a desocupação de um edifício que ameace ruína.

Neste âmbito, talvez até se possa ou deva ir ainda mais longe e admitir que o conhecimento efetivo de “meros indícios” da existência de desconformidades ou do funcionamento irregular de atividades sujeitas a fiscalização pública pode ser suficiente para ativar um dever de exercer competências oficiosas de fiscalização e de vigilância mais apertada. Assim deverá ser, pelo menos, quando se trate de indícios de ocorrências com especial gravidade ou de consequências severas e com larga repercussão (*v.g.*,

---

<sup>(44)</sup> Apelando a um *princípio de razoabilidade* para avaliar a omissão administrativa em especial como fundamento de responsabilidade, cf. P. E. PERRINO, “La responsabilidad patrimonial de las entidades administrativas por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, in *Derecho Administrativo y Regulación Económica (Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz)*, La Ley, 2011, p. 727.

casos de risco sistémico na regulação financeira ou de produtos com indícios de risco grave para a saúde).

Veja-se, a este respeito, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.02.2017, Proc. n.º C-219/15, *Elisabeth Schmitt c. TÜV Rheinland LGA Products GmbH*, sobre a vigilância da fabricação de dispositivos médicos por parte de organismos notificados. O Tribunal considerou que esses organismos dispõem de uma *margem de apreciação adequada* quanto ao exercício das suas missões; mas, acrescenta, as obrigações de vigilância dos referidos organismos “não passariam de letra morta se essa margem de apreciação fosse ilimitada”. Em particular, o cumprimento, pelos organismos notificados, do respetivo papel (vigilância) não seria assegurado se os mesmos pudessem ficar inativos perante “indícios de não conformidade” de dispositivos médicos com as exigências estabelecidas. Assim, conclui o Tribunal: os organismos notificados estão sujeitos a uma obrigação geral de diligência associada à sua intervenção, mas não estão obrigados, de maneira geral, a efetuar inspeções inesperadas, a controlar os dispositivos e/ou a examinar a documentação do fabricante; contudo, quando estejam perante *indícios de não conformidade* de um dispositivo médico com as exigências, os organismos devem tomar todas as medidas necessárias e estão, pois, obrigados a agir.

Em todas essas constelações, a competência administrativa oficiosa com dever geral de ação envolve, ou passa a envolver, um dever específico de ação e, em princípio, a inação, a omissão, o não agir, representa ou constitui imediatamente o incumprimento de um dever. Assim, não se pode considerar verificado o incumprimento de um dever de agir se a Administração não fiscaliza um lar de idosos cuja existência desconhece, por funcionar clandestinamente; mas já há incumprimento se a Administração for alertada pelos familiares dos residentes sobre a existência do lar e, em especial, se lhe for dada a conhecer a situação de funcionamento deficiente e sem condições.

### **8. Inação administrativa oficiosa como “falha” da Administração**

Na medida em que se possa delinear, em geral ou perante um caso concreto, um dever específico de ação oficiosa, a inação corresponde a uma “falha” da Administração (“agency failure”). Nestes casos, tendo-se delimitado e identificado um dever específico de ação, a Administração poderá ser chamada a prestar contas pela inação, quer dizer, pelo incumprimento do seu dever de agir.

Mas a situação já não se apresenta nesses termos, quando a inação administrativa não chega a assumir as feições do incumprimento de um dever específico. Estamos agora a considerar cenários em que não há conhecimento oficial, nem indícios de mau funcionamento das atividades que deveriam ser fiscalizadas. Não obstante, suponha-se que uma leitura mais ou menos superficial dos dados disponíveis permite concluir no sentido da existência de défices de ação ou do desenvolvimento da ação administrativa em sentido errado, com uma escolha equivocada ou arbitrária dos alvos da intervenção.

Situações como essas podem resultar de a Administração seguir uma estratégia de inação, no quadro do que alguns autores designam por “administrativismo minimalista”<sup>(45)</sup> ou “Direito Administrativo libertário”<sup>(46)</sup>, de aposta na promoção de uma desregulação pela inação<sup>(47)</sup> ou de formas de institucionalização de inércia sistémica ou da lei do “agora não”<sup>(48)</sup>; ou, então, sem obedecer a qualquer opção estratégica, casos como esses também podem ser o produto de uma Administração que simplesmente se deixa “dormir na forma” ou que revela “vistas curtas”.

Também agora estamos perante um episódio de inação administrativa oficiosa; mas, mais do que isso, na medida em que a inação assuma um carácter sistemático ou generalizado num setor da Administração Pública ou num determinado organismo ou num segmento específico de uma atividade privada sujeita a fiscalização, está aí patente uma “falha” da Administração, no âmbito do *incumprimento de um dever geral de ação*.

Nestes casos, apenas existe, é certo, uma “falha genérica”, que não se exprime no incumprimento de um *dever específico* (um dever de ação num determinado tempo e lugar). Mas, ainda assim, afigura-se conveniente identificar uma falha administrativa e, em especial, fazer corresponder essa inação a uma situação patológica.

## **9. Tutela judicial primária contra a inação oficiosa da Administração**

Ao contrário do que se pode pensar, o desvalor da inação não se apresenta menor do que o desvalor da ação (ilegal): trata-se, como alguns salientam, de duas faces da

---

<sup>(45)</sup> JACOBS, “The administrative state’s passive virtues”, *cit.*

<sup>(46)</sup> Cf. C. R. SUNSTEIN/A. VERMEULE, “Libertarian Administrative Law”, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 82, 2015, pp. 393 e segs. (sobre uma tendência, detetada na jurisprudência, que advoga a contenção da intervenção administrativa e a preferência por um sistema de autorregulação do mercado, em vez da regulação pública do Estado).

<sup>(47)</sup> Cf. D. T. DEACON, “Deregulation through nonenforcement”, in *New York University Law Review*, vol. 78, 2010, pp. 794 e segs. (advogando que a ausência de controlo judicial da inação administrativa representa um estímulo para as agendas políticas de desregulação).

<sup>(48)</sup> SUNSTEIN/VERMEULE, “Libertarian Administrative Law”, *cit.*

mesma moeda <sup>(49)</sup>). Por esta razão, e como tem sido enfatizado por uma grande parte da doutrina norte-americana, não se justifica o tratamento assimétrico da inação em face da ação administrativa.

Como observou o juiz da Supreme Court dos EUA Thurgood Marshall na célebre e muito comentada decisão *Heckler v. Chaney*, “governmental refusal to act could have just as devastating an effect upon life, liberty, and the pursuit of happiness as coercive governmental action” – na origem da decisão esteve um processo em que vários presos condenados à morte solicitaram à Food and Drug Administration (FDA) a adoção de medidas para evitar que certos medicamentos fossem utilizados nas execuções por injeção letal; os presos alegaram que os medicamentos não tinham sido testados e rotulados para execuções humanas e temiam que lhes causassem dores torturantes; a FDA recusou adotar quaisquer medidas, alegando que não tinha competências para decidir sobre o uso de medicamentos na execução de penas e que, além disso, dispunha de discricionariedade para não agir. O Tribunal Supremo decidiu que a inação da FDA consistiu no exercício de uma discricionariedade de ação, insuscetível de controlo judicial (“unreviewable exercise of prosecutorial discretion”), até por ausência de critério legal para aplicar (“no law to apply”) <sup>(50)</sup>. A este respeito, a doutrina norte-americana identifica uma “assimetria do Direito Administrativo”, o qual centra o sistema de proteção e controlo judicial na ação administrativa e estabelece uma presunção da insusceptibilidade do controlo judicial da inação administrativa (presunção assente na falta de legitimidade processual, no respeito da discricionariedade da iniciativa oficiosa e na separação de poderes) <sup>(51)</sup>. Atualmente, a

---

<sup>(49)</sup> Cf. BIBER, “Two sides of the same coin...”, *cit.*, pp. 461 e segs.; no mesmo sentido, cf. W. D. ARAIZA/R. G. DREHER, “Judicial review under the APA of agency inaction in contravention of a statutory mandate: Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance”, in *Environmental Law Reporter*, 2014, pp. 10443 e segs. (advogando que a omissão administrativa na implementação de uma obrigação legal não infringe menos a “rule of law” do que uma ação administrativa que viola exigências legais).

<sup>(50)</sup> Sobre esta decisão, cf. C. R. SUNSTEIN, “Reviewing agency inaction after *Heckler v. Chaney*”, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, p. 653 e segs.; RAYMOND MURPHY, “The Scope of Review of Agencies’ Refusals to Enforce or Promulgate Rules”, in *The George Washington Law Review*, vol. 53, 1985, pp. 86 e segs.; SHARON WERNER, “The impact of *Heckler v. Chaney* on judicial review of agency decisions”, in *Columbia Law Review*, vol. 86, n.º 5, 1986, pp. 1247 e segs.; WILLIAM W. TEMPLETON, “*Heckler v. Chaney*: the new presumption of nonreviewability of agency enforcement decisions”, in *Catholic University Law Review*, vol. 35, n.º 4, 1986, pp. 1099 e segs.; S. KEVIN AN, “Preclusion of judicial review of Agency inaction under the Administrative Procedure Act and *Heckler v. Chaney*: Center for Auto Safety v. Dole”, in *St. John’s Law Review*, vol. 62, 1988, pp. 318 e segs.

<sup>(51)</sup> Além da doutrina já citada, sobre este assunto, cf. P. H. A. LEHNER, “Judicial review of administrative inaction”, in *Columbia Law Review*, vol. 83, 1983, pp. 627 e segs.; A. ROWLEY, “Administrative inaction and judicial review: the rebuttable presumption of unreviewability”, in *Missouri Law Review*, vol. 51, n.º 4, 1986, pp. 1039 e segs.; D. P. SELMI, “Jurisdiction to review agency inaction under federal environmental law”, in *Indiana Law Journal*, vol. 72, 1996, pp. 67 e segs.; BRESSMAN, “Judicial review of agency inaction...”, *cit.*, pp. 1657 e segs.; J. OSTER, *Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 101.

doutrina é fortemente crítica dessa contenção judicial <sup>(52)</sup> e, com fundamento na lei, alude uma presunção de controlo judicial que se estende a toda a ação administrativa (incluindo a inação) <sup>(53)</sup>. Não obstante, a doutrina da decisão *Heckler v. Chaney* mantém-se como ponto de referência obrigatório na análise do tema da inação administrativa.

No sistema jurídico português, não subsiste qualquer presunção ou princípio do não controlo judicial da inação administrativa: pelo menos com fundamento na lei, não existe entre nós uma regra de assimetria de tutela entre ação e inação, em termos de se excluir, *a priori*, a defesa contra a inação apenas pelo facto de se tratar de inação. Em suma, não parece que haja lugar à invocação de “no law to apply”, como fundamento geral da recusa de tutela contra a inação administrativa. Neste sentido, os beneficiários da ação administrativa (oficiosa) – os cidadãos em geral, ou, nas relações triangulares, os consumidores e os utilizadores ou utentes de serviços ou de equipamentos –, terão ao seu dispor meios de proteção dos seus *direitos* contra a inação administrativa.

Contudo, e até a confirmar a ideia de simetria nos termos expostos, a tutela contra a inação processa-se, naturalmente, dentro das condicionantes gerais do sistema, que balizam e circunscrevem também a tutela judicial contra as formas de ação. Assim, desde logo, em ambos os casos, “os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”: é isso o que impõe o respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes (cf. art. 3.º, n.º 1, do CPTA). Além disso, também em ambos os casos, a tutela judicial depende da verificação de uma condição (pressuposto) de legitimidade processual.

Vejamos em termos mais específicos os meios de tutela judicial primária em face da inação administrativa: meios a mobilizar no sentido de uma intervenção judicial de condenação ou de intimação da Administração ao exercício das suas competências oficiosas.

---

<sup>(52)</sup> A este respeito, cf. STASZEWSKI, “The Federal Inaction Commission”, *cit.*, pp. 359 e segs., Autor que, consciente dos problemas causados pelo não controlo da inação administrativa, se mostra também preocupado com as dificuldades que a intervenção dos tribunais neste domínio coloca para o princípio da separação de poderes, propõe a criação de uma agência administrativa com a missão específica de controlo da inação das outras agências (“comissão federal para a inação”). Nesta linha, propondo uma “solução administrativa” para o controlo da inação administrativa, cf. M. A. LIVERMORE/R. L. REVESZ, “Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction”, in *The Georgetown Law Journal*, vol. 101, 2013, pp. 1337 e segs.

<sup>(53)</sup> Cf. D. M. LEVY, JR./D. J. DUNCAN, “Judicial review of administrative rulemaking and enforcement discretion: the effect of a presumption of unreviewability”, in *The George Washington Law Review*, vol. 55, 1987, pp. 596 e segs.

Como se pode intuir imediatamente, trata-se de uma questão em geral complexa, que parece ter uma solução mais simples nos casos de incumprimento de deveres de agir específicos, consagrados em “normas de competência oficiosa com dever específico de agir” (cf. ponto 5.2).

Mas, como se sabe, a inação administrativa oficiosa não se reconduz sempre ao incumprimento de deveres específicos de ação impostos por lei à Administração. Neste contexto, importa perceber se, igualmente, se apresenta viável uma reação judicial em face do incumprimento de deveres gerais de ação (competências oficiosas com deveres gerais de ação) ou contra a omissão pela Administração do exercício de competências oficiosas discricionárias (em casos de discricionariedade de ação).

### **9.1. Tutela em face do incumprimento de deveres específicos de agir**

Não subsistem dúvidas de que, estando presente um dever específico de ação, a inação da Administração corresponde a uma patologia e, portanto, a uma violação da lei – inação ilegal – e o sistema judicial de defesa da legalidade e de proteção dos cidadãos perante a Administração Pública contempla instrumentos de tutela primária (ações de condenação, intimações) para reagir contra esse incumprimento da lei.

É efetivamente isso que ocorre nos casos de *deveres específicos de agir*, fixados em termos definitivos e taxativos na lei: pense-se no dever de elaborar regulamentos, nos termos do art. 137.º, n.º 1, do CPA, no dever de adjudicação de propostas nos termos previstos no art. 76.º do Código dos Contratos Públicos ou no dever de anulação de atos administrativos, conforme estatuído nos arts. 168.º, n.º 7, e 172.º, n.º 2, do CPA; a esses casos se juntam todos aqueles em que a Administração se encontra onerada com o dever específico de, *oficiosamente*, praticar um ato administrativo ou exercer uma ação material em condições definidas legalmente de forma taxativa.

O incumprimento resulta da verificação de uma inação ou omissão quando estão reunidos os pressupostos legais e de facto que tornam exigível a ação; não depende de solicitação externa, nem se reconduz, expressa ou tacitamente, a uma “decisão de não agir”.

Em casos com esses contornos – que pressupõem, em geral, a presença de normas de competência oficiosa com dever específico e um dever resultante diretamente dessa norma (cf. ponto 5.2) –, a tutela judicial materializa-se, afinal, numa *confirmação* do dever específico de ação oficiosa imposto por uma lei ou outra norma jurídica prévia

e na condenação da Administração Pública a cumprir esse dever. Em função disso, a intervenção judicial não suscita aqui quaisquer angústias ou especiais dificuldades, v.g., no plano do respeito pela autonomia própria da função administrativa ou do princípio da separação de poderes.

Por isso, o elemento que condiciona o âmbito da tutela primária neste caso acaba por residir, essencialmente, no requisito da legitimidade processual. Quer dizer, a admissibilidade da intervenção judicial depende dos termos em que a lei reconhece a legitimidade processual para pedir ao tribunal a condenação da Administração a cumprir os deveres de agir que a lei impõe.

Nos termos da lei processual, a legitimidade para acionar judicialmente a Administração depende da “forma da inação”.

Perante a omissão da prática de atos administrativos devidos, a legitimidade afere-se nos termos do art. 68.º do CPTA.

Por força desse preceito, tem legitimidade para pedir a condenação à prática de um ato administrativo, mesmo que se trate de um ato a praticar oficiosamente no cumprimento de um dever resultante diretamente da lei: *a)* quem alegue ser titular de um direito ou interesse legalmente protegido, dirigido à emissão desse ato; *b)* o Ministério Público, sem necessidade da apresentação de requerimento, quando o dever de praticar o ato resulte diretamente da lei e esteja em causa a ofensa de direitos fundamentais, a defesa de interesses públicos especialmente relevantes ou de qualquer dos valores e bens referidos no n.º 2 do art. 9.º; *c)* pessoas coletivas, públicas ou privadas, em relação aos direitos e interesses que lhes cumpra defender; *d)* órgãos administrativos, relativamente a condutas de outros órgãos da Administração Pública, que alegadamente comprometam as condições do exercício de competências legalmente conferidas aos primeiros para a prossecução de interesses pelos quais estes órgãos sejam diretamente responsáveis; *e)* presidentes de órgãos colegiais, relativamente à conduta do respetivo órgão, bem como outras autoridades, em defesa da legalidade administrativa, nos casos previstos na lei; *f)* as demais pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do art. 9.º.

Perante a omissão de regulamento devido, nos termos do art. 77.º, n.º 1, do CPTA podem pedir ao tribunal administrativo competente que aprecie e verifique a existência de situações de ilegalidade por omissão das normas cuja adoção, ao abrigo de disposições de direito administrativo, seja necessária para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação: o Ministério Público, as demais pessoas e

entidades defensoras dos interesses referidos no n.º 2 do art. 9.º, os presidentes de órgãos colegiais, em relação a normas omitidas pelos respetivos órgãos, e quem alegue um prejuízo diretamente resultante da situação de omissão.

Perante a omissão de outras atuações impostas diretamente por lei [recorde-se a alusão do art. 37.º, n.º 1, alínea *j*), do CPTA, ao “cumprimento de deveres de prestar que diretamente decorrem de normas jurídico-administrativas”], a ação de condenação ou intimação pode ser proposta por quem for parte da relação material controvertida, como previsto no art. 9.º, n.º 1, do CPTA. Nestes casos, o interessado poderá, além do mais, propor uma ação com o fim de obter a condenação da Administração à adoção de comportamentos [art. 37.º, n.º 1, alínea *h*), do CPTA] ou à adoção das condutas necessárias ao restabelecimento de direitos ou interesses violados [cf. art. 37.º, n.º 1, alínea *i*), do CPTA].

Em todos os casos expostos, os interessados com legitimidade podem pedir imediatamente aos tribunais a condenação da Administração responsável pela inação, estando dispensados de solicitar previamente a intervenção da autoridade administrativa ou de promover um procedimento administrativo destinado a obter uma decisão dessa autoridade.

A partir das indicações legais sobre a legitimidade processual que acabam de ser expostas, pode-se conceber um “direito à ação administrativa oficiosa” – um direito que pertence a todos os que podem exigir a um tribunal a condenação da Administração Pública ao cumprimento dos seus deveres específicos de ação.

Poderá afigurar-se estranha a referência a um “direito” a uma ação administrativa que a lei esquematiza como ação de iniciativa oficiosa da Administração. Ora, importa observar que ali se refere um direito de carácter processual ou, pelo menos, que se deduz de um direito desta natureza: estamos, pois, perante uma aplicação do princípio do direito romano clássico segundo o qual *ubi remedium ibi ius* (onde há remédio, há direito) <sup>(54)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Sobre este princípio do direito romano clássico – em vez do princípio inverso (dos sistemas jurídicos modernos) segundo o qual *ubi ius ibi remedium* –, cf. BOCCHINI, *Azione amministrativa materiale e diritti dei cittadini*, cit., p. 133.



## 9.2. Tutela em face do incumprimento dever geral de ação

As normas de competência oficiosa que estabelecem um dever geral de ação – um dever de agir não associado a uma situação real, concreta e determinada – definem competências de exercício obrigatório, que não podem deixar de ser exercidas; contudo, é sabido que a Administração não pode exercer essas competências ao mesmo tempo e em todos os lugares, beneficiando, pois, de uma discricionariedade de programação e de planificação que lhe permite direcionar o exercício dos seus poderes para os alvos que define. Neste âmbito, não parece, pois, que se possa pedir a um tribunal a condenação ou a intimação da Administração a direcionar o exercício das suas competências neste ou naquele sentido, *v.g.*, impondo a um órgão de fiscalização que mobilize os seus recursos para ações sobre agências de viagens ou restaurantes de comida chinesa.

Porém, como explicámos acima, o dever geral de ação estabelecido numa norma pode converter-se num *dever específico de agir*, sempre que a Administração conhece (ou lhe são dados a conhecer) factos ou até meros indícios de factos que, segundo um critério de razoabilidade, devam mobilizar a sua intervenção. Quando seja este o caso, a Administração não pode invocar o carácter geral do seu dever normativo de agir para justificar a sua inação num caso concreto que conhece e que reclama uma ação.

Uma vez que, nas circunstâncias do caso concreto, emerge um dever específico de ação, a tutela judicial processa-se nos termos que vimos no ponto anterior em relação ao incumprimento de deveres específicos de ação. Importa, contudo, neste horizonte, ter em atenção a exigência de o acionamento judicial ser precedido de uma *solicitação* ou de um *alerta* dirigido à Administração no sentido da necessidade da sua intervenção: sem isso, e a menos que seja certo que conhece os factos que reclamam a sua intervenção, não se pode considerar que a Administração tem um dever específico de agir <sup>(55)</sup>.

Pode, porém, suceder que se verifiquem falhas na ação administrativa (*v.g.*, nas atividades de fiscalização ou de inspeção), mas não se apurem, de uma forma objetiva ou palpável, situações patológicas ou deficiências, nem indícios de irregularidades que se possam imputar a essas falhas (cf. ponto 8). O facto de não se identificar um dever específico de agir dificulta a tutela judicial, desde logo por provocar uma indefinição no plano da legitimidade processual. Ultrapassando-se este obstáculo, surge, a seguir, a dificuldade relacionada com o alcance da intervenção do tribunal, que, no máximo, só

---

<sup>(55)</sup> Num contexto diferente, em Espanha, a lei exige um procedimento de reclamação prévia como pressuposto da ação judicial contra a inércia; sobre esse modelo, cf. VICENTE DOMINGO, *La inactividad administrativa prestacional*, *cit.*, p. 185.

poderá impor uma “condenação genérica” da Administração Pública a exercer as suas competências.

### 9.3. Tutela nos casos de discricionarietà de ação

Outros casos de inação administrativa oficiosa ocorrem quando a Administração beneficia de “discricionarietà de ação”, concedida por normas permissivas (cf. ponto 5.1).

De acordo com uma leitura baseada num princípio de abordagem simétrica entre tutela contra a inação (discricionária) e tutela contra a ação (discricionária), pode aceitar-se que a presença de uma competência oficiosa discricionária, quer dizer, de uma norma que, em geral, confere à Administração Pública um poder de opção entre agir e não agir, não exclui, por si só, uma ação judicial proposta no sentido de obter uma condenação da Administração a exercer o seu poder discricionário num certo sentido.

É precisamente essa a posição que a generalidade da doutrina norte-americana defende: a presença de discricionarietà de ação (“prosecutorial discretion”) não deve afastar o controlo judicial da inação, do mesmo modo que não o afasta no caso da ação <sup>(56)</sup>; não existe uma diferença essencial entre o controlo da ação e o controlo da inação <sup>(57)</sup>, pelo que os tribunais devem poder escrutinar a inação com recurso aos mesmos princípios que utilizam no controlo da ação <sup>(58)</sup>.

Toda a atividade administrativa está sujeita à lei e ao direito e toda ela se encontra exposta ao escrutínio dos tribunais. A atividade administrativa discricionária não escapa a esse regime; na síntese perfeita de VIEIRA DE ANDRADE, “toda a actividade administrativa, mesmo a que represente o exercício de poderes discricionários, está subordinada ao Direito – é *jurídica*, quer do ponto de vista *funcional* [...], quer do ponto de vista *substancial* [...] – e, nessa medida, está sujeita a uma fiscalização jurisdicional” <sup>(59)</sup>.

A discricionarietà é um espaço de *juridicidade* e de *justiciabilidade*. Isto, que se apresenta assim para a “ação” discricionária, também assim deve ser para a “inação” discricionária, para a inação que resulta de uma norma permissiva.

---

<sup>(56)</sup> SUNSTEIN, “Reviewing agency inaction after *Heckler v. Chaney*”, *cit.*, p. 565.

<sup>(57)</sup> Cf. BIBER, “The importance of resource allocation in administrative law”, *cit.*, p. 462.

<sup>(58)</sup> BRESSMAN, “Judicial review of agency inaction: an arbitrariness approach”, *cit.*, p. 1716.

<sup>(59)</sup> Cf. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, 2016, p. 84.

Bem sabemos que, neste caso, não existe um dever imposto diretamente por lei no sentido de a Administração agir. A lei aceita como uma resposta possível a ação ou a inação. Neste pano de fundo – de uma aparente “no law to apply” – a decisão ou a opção administrativa quanto a agir ou não agir depende de um “juízo de oportunidade” ou, para usarmos uma antiga fórmula legal, do “prudente arbítrio” do agente. E também sabemos que “os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação” (cf. art. 3.º, n.º 1 do CPTA).

Apesar de tudo isso, não deve, porém, excluir-se, *a priori*, a intervenção judicial apenas pelo facto de a inação da Administração se fundar numa norma permissiva, que, precisamente, lhe confere a faculdade de não agir.

Com efeito, embora fundada numa norma permissiva, a discricionariedade de ação (ou de inação) não se localiza num terreno não jurídico; resulta de um poder que a lei concede à Administração, de um *poder jurídico* e que, ainda que não se apresente conexo com um dever, revela-se como um *poder funcional*, conferido para ser exercido ao serviço de uma função e da realização do interesse público. Neste sentido, trata-se de um poder que conhece limites jurídicos e que, em certos contextos, pode mesmo ver-se reduzido ou eliminado: a verificar-se esta “redução a zero”, teremos então a emergência, para a Administração, de um *dever específico de agir*, o que permite operacionalizar os meios de tutela em face do incumprimento de deveres específicos de agir, nos termos acima analisados (cf. ponto 9.1). Por outro lado, como em outros casos de exercício discricionário, a “opção” da Administração pode estar viciada, *v.g.*, porque o agente supunha que tinha o dever de não agir no caso ou porque optou por não agir por ter sido enganado ou ameaçado ou por ter não ter efetuado uma ponderação correta dos factos relevantes.

Assim, o facto de a norma permissiva contemplar como possível e legítima a via da inação não deve, por si só, excluir a tutela judicial. A Administração Pública deve, pelo menos, poder ser chamada a explicar as razões para a sua opção de não agir [“to give reasons”<sup>(60)</sup>].

A inação discricionária revela-se, pois, justificável, podendo ser submetida à apreciação dos tribunais. É esta a conclusão a que nos conduz um princípio de abordagem simétrica ou equivalente da ação e da inação administrativa.

---

<sup>(60)</sup> Cf. LEVY, JR./DUNCAN, “Judicial review of administrative rulemaking and enforcement discretion...”, *cit.*, p. 634.

Mas não é possível desconhecer a existência de limites de vulto à intervenção do tribunal no controlo da inação administrativa discricionária.

Em primeiro lugar, surgem os limites decorrentes do pressuposto da legitimidade processual. Neste ponto, considere-se, desde logo, a dificuldade em admitir uma ação judicial fundada na invocação de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos: de uma norma de competência com discricionariedade de ação não parece viável extrair-se a proteção de interesses particulares. O caso será, porém, diferente na hipótese de ações judiciais propostas em defesa de interesses difusos, embora, neste caso, se torne indispensável a demonstração de que a norma permissiva confere à Administração uma competência para a defesa de interesses difusos (suponha-se, v.g., uma competência discricionária para cancelar a autorização de estabelecimentos prejudiciais para a saúde pública).

Na hipótese de se ultrapassar o obstáculo da legitimidade processual, importa ter em consideração os limites funcionais da intervenção do tribunal. Recorde-se que, neste caso, a lei admite a inação como uma medida possível e legítima e que, por isso mesmo, a opção entre agir e não agir repousa num juízo de oportunidade e de conveniência a efetuar pela Administração. Por força deste contexto, o tribunal terá, em regra, de se autoconter e, salvo nos casos de vícios ou de eliminação da discricionariedade, pouco pode fazer, posto que uma condenação da Administração a agir pressupõe sempre que, por força da lei ou da conjugação da lei com outros parâmetros, a Administração tem o dever legal (em sentido lato) de agir.

Em razão do que acabámos de ver, conclui-se que não se pode deduzir de uma resposta positiva sobre a legitimidade para reagir judicialmente contra a inação um “direito à ação administrativa oficiosa”: não se pode equacionar um direito nestes termos em face de uma norma que confere à Administração uma discricionariedade de ação.

## **10. Tutela para indemnização de danos imputados à inação oficiosa da Administração**

Há situações em que a tutela jurídica primária contra a Administração já não se apresenta como um remédio útil contra a inação: como no caso judicial que serviu de mote ao presente texto, assim sucede quando a inação administrativa provoca ou é causa de danos que já se consumaram. Então, o que se equaciona é a possibilidade de uma tutela secundária, que vise a indemnização pelos prejuízos causados.

Nos termos do art. 7.º, n.º 1, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, estas são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou “omissões ilícitas”, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

No caso da responsabilidade civil por omissão de deveres de vigilância, atente-se no art. 10.º, n.º 3, daquele diploma, que estabelece a presunção de culpa leve dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, “sempre que tenha havido incumprimento dos deveres de vigilância”. Em matéria de responsabilidade civil de empresas concessionárias de autoestradas por omissão de cumprimento de deveres de vigilância e de garantia de segurança do tráfego, encontra-se estabelecida a jurisprudência do Tribunal de Conflitos no sentido de que “a jurisdição administrativa é a competente para conhecer de uma ação onde se pede a condenação da concessionária de uma autoestrada na indemnização pelos danos materiais resultantes de um acidente de viação ocorrido nesta via, provocado pela entrada e circulação na mesma de um animal em consequência da omissão de cumprimento de deveres que incumbiam à concessionária nos termos do contrato de concessão” (entre muitos no mesmo sentido, cf. Acórdão do Tribunal de Conflitos n.º 021/16, de 20.10.2016). Apenas em termos marginais, deixamos aqui as nossas dúvidas sobre este entendimento firme da jurisprudência, sobretudo porque vemos o contrato de concessão como um mecanismo de promover a privatização da gestão de um serviço público ou da exploração de uma obra pública. Neste sentido, parece-nos que a recondução da atividade do concessionário (que não se consubstancia em medidas de autoridade) ao direito público representa uma solução contraditória com o efeito do contrato.

Neste âmbito e para este efeito, omissão *ilícita* não é toda e qualquer omissão da Administração – ou seja, toda e qualquer inação administrativa oficiosa –, mas apenas a que decorre da violação de deveres de agir e, além disso, provoca uma lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos. Agora, a obtenção de tutela depende da presença de uma situação de *inação ilegal*: inação da Administração traduzida no não exercício de deveres específicos de agir (impostos *diretamente* ou *indiretamente* – por normas impositivas de deveres gerais –, nos termos analisados) <sup>(61)</sup>. Preenchido esse requisito,

---

<sup>(61)</sup> Cf. FERNANDA MAÇÃS, “Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, julho/agosto de 2011, p. 70, no sentido de que “para o apuramento da responsabilidade in vigilando, a simples inércia ou a pura inactividade não serão suficientes [...]”,

teremos uma inação ilícita se o não exercício dos deveres específicos de agir constituir a causa da lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos (v.g., o incêndio num lar que provoca a morte dos idosos que nele residem).

### **11. Meios alternativos à tutela judicial contra a Administração**

A tutela judicial primária contra a Administração não é o único meio disponível para os interessados em reagir contra a inação ou, porventura, contra os efeitos da inação administrativa. Embora não em todos os casos, são, em geral, mobilizáveis dois meios alternativos: a solicitação de uma pronúncia administrativa e, em certos, a ação judicial contra particulares.

#### *11.1. Solicitação de pronúncia da Administração sobre o exercício ou o não exercício das competências oficiosas*

Recorde-se que aqui se consideram competências administrativas oficiosas, quer dizer, competências cujo exercício, nos termos da lei, é determinado por uma iniciativa da Administração. O esquema da norma de competência, ao assentar na oficiosidade, não pressupõe uma solicitação ou iniciativa externa da qual possa resultar um dever de exercitar essa competência.

Contudo, tem de colocar-se a questão de saber se o exercício de uma competência oficiosa da Administração pode ser ativado por uma iniciativa externa, posta em marcha ao abrigo de uma regra de Direito Administrativo autónoma em relação à norma de competência.

A questão remete-nos para o tema da legitimidade procedimental – legitimidade para iniciar um procedimento administrativo – nos termos do art. 68.º do CPA.

Mas antes da análise do que prescreve esse preceito legal, impõe-se definir os contornos precisos do problema. Pois bem, o que está em equação é, em rigor, a questão de saber se o órgão competente pode ver-se confrontado com um dever de se pronunciar sobre o exercício ou não exercício das suas competências oficiosas. No fundo, o que se pergunta é se, para esse órgão, pode emergir um dever de decidir sobre o exercício da sua competência – na sequência de um procedimento impulsionado por um ato de iniciativa externo.

---

tornando-se necessário que o dever de agir resulte de lei, regulamento ou regras de ordem técnica”; LUÍS T. M. LEITÃO, “A responsabilidade civil das entidades reguladoras”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Coimbra, 2010, pp. 112 e segs.

Assim definidos os termos do problema, o que se procura é saber se pode ter lugar e quem pode iniciar um procedimento administrativo que determine para o órgão competente o dever de se pronunciar (decidir) sobre o exercício das suas competências oficiosas <sup>(62)</sup>.

Pois bem, nos termos do n.º 1 do art. 68.º do CPA, “têm legitimidade para iniciar o procedimento [...] os titulares de direitos [e] interesses legalmente protegidos [...] no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins”; por força deste preceito, estão em posição de solicitar a pronúncia do órgão competente sobre o exercício das suas competências – ficando este obrigado a decidir: cf. arts. 13.º e 129.º – os titulares de interesses (individuais ou coletivos) que se possam considerar protegidos pela norma de competência oficiosa: eis o que sucede, em geral, com os “beneficiários” da ação administrativa em falta. A solicitação não tem, naturalmente, o efeito de vincular o órgão a agir, mas tão-somente o efeito de o obrigar a pronunciar-se sobre as razões da sua opção.

Além dos titulares de interesses subjetivados, os n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito conferem às pessoas neles identificadas legitimidade para iniciar procedimentos em vista da *proteção de interesses difusos*, perante *omissões* da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural, ou para assegurar a *defesa de bens* do Estado, das regiões autónomas e de autarquias locais afetados por omissão da Administração. Nestes dois casos, o CPA estabelece um título de legitimação procedimental, que prescinde da conexão com uma norma específica de proteção (é preciso que a norma de ação seja adequada a proteger os interesses difusos em causa: não há legitimidade para pedir uma punição: assim, por exemplo, a invocação de que a omissão administrativa pode causar prejuízos relevantes nos bens identificados é requisito suficiente de legitimação; por outro lado, um elemento relevante para definir a legitimação é a “omissão”, e não o incumprimento de um dever, circunstância decisiva

---

<sup>(62)</sup> Sobre a legitimidade particular para iniciar procedimentos de iniciativa oficiosa, cf. BLANCA LOZANO CUTANDA, “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003, pp. 83 e segs.

num contexto em que a Administração atua no âmbito de uma discricionariedade de ação.

Não existindo norma de proteção de direitos ou interesses legalmente protegidos e não estando em causa a proteção de interesses difusos ou a defesa de bens públicos, o interessado em reagir contra a omissão não dispõe de legitimidade procedimental para solicitar a pronúncia da Administração sobre o exercício das competências oficiosas. Poderá, então, no âmbito do direito de petição, apresentar pedidos e denúncias, mas a Administração apenas tem o dever de se pronunciar e de responder, e já não o dever de proferir decisão sobre essas petições (cf. art. 13.º, n.º 1, do CPA).

Não existe, em geral, no Direito Administrativo Português um estatuto jurídico do *denunciante*. Existe, contudo, um exemplo desta figura no art. 8.º do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio): nos termos deste preceito, a Autoridade da Concorrência procede ao registo de todas as denúncias que lhe forem transmitidas e deve proceder à abertura de processo de contraordenação ou de supervisão se os elementos referidos na denúncia assim o determinarem. Sempre que a Autoridade da Concorrência considere, com base nas informações de que dispõe, que não existem fundamentos bastantes para intervir, deve informar o autor da denúncia das respetivas razões e estabelecer um prazo, não inferior a 10 dias úteis, para que este apresente, por escrito, as suas observações. Se o autor da denúncia apresentar as suas observações dentro do prazo estabelecido, e estas não conduzirem a uma alteração da apreciação da mesma, a Autoridade da Concorrência declara a *denúncia sem fundamento relevante* ou não merecedora de tratamento prioritário, mediante decisão expressa, da qual cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. A Autoridade da Concorrência procede ao arquivamento das denúncias que não dão origem a processo.

### **11.2. Ações administrativas entre particulares**

Um outro meio alternativo de que os interessados podem lançar mão, agora para reagirem contra os efeitos da inação administrativa oficiosa, consiste em demandarem judicialmente os particulares que seriam visados pela ação administrativa em falta, quer dizer, que deveriam ser compelidos pela Administração a exercerem os seus “deveres administrativos”.

Como sabemos, a inação administrativa oficiosa ocorre, com muita frequência, no contexto de relações triangulares, que envolvem relações entre particulares onerados com deveres jurídico-administrativos (que são, por isso, “particulares em relação com a



Administração”) e outros particulares, que, como beneficiários da ação administrativa, detêm, em certas condições, um direito à ação administrativa.

Ora, a legislação processual administrativa portuguesa permite, precisamente, que os particulares lesados ou com receio de serem lesados reajam, nos tribunais da jurisdição administrativa, diretamente contra outros particulares em caso de omissão da Administração quanto à adoção das medidas adequadas para pôr fim ou evitar a lesão: cf. arts. 37.º, n.º 3, 109.º, n.º 2, e 112.º, n.º 2, alínea *h*), do CPTA.

Em nenhum daqueles casos, existe uma relação jurídico-administrativa entre os particulares que se constituem como partes no processo. Estamos aí em face de um processo judicial que tem subjacente as relações jurídico-administrativa de cada um dos particulares envolvidos com a Administração: um, enquanto onerado com vínculos jurídico-administrativos (deveres administrativos); outro, enquanto titular de um direito à ação administrativa e à proteção da Administração. Ao autorizar este a – em face da inação administrativa – reagir judicialmente contra o infrator, em vez de solicitar ao tribunal uma tutela primária contra a Administração, a lei adota um mecanismo de “private enforcement” do Direito Administrativo.

A reação judicial em face do “non enforcement” da lei pela Administração passa por duas vias: condenar judicialmente a Administração a agir (“compel enforcement”) ou, numa via alternativa, de “private enforcement”, condenar judicialmente o infrator a cumprir os seus deveres perante a Administração (“compel compliance”) <sup>(63)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Cf. STEWART/SUNSTEIN, “Public programs and private rights”, *cit.*, p. 1195.