

CAAD: Arbitragem Administrativa

Processo n.º: 84/2014-A

Tema: Acção de impugnação de acto administrativo e de condenação à prática de acto devido.

DECISÃO ARBITRAL

I. Relatório

1. A Demandante, A..., Inspectora da ..., contribuinte fiscal n.º..., residente na Rua..., n.º..., ...-... ..., ... (doravante, “a Demandante”), apresentou petição inicial nos termos do artigo 15.º do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Administrativa (doravante, “Regulamento do CAAD”) contra o Demandado, B... (doravante, “o Demandado”), com sede na..., ...-... Lisboa.
2. Nesse articulado, peticionou a Demandante:
 - a. A anulação do despacho do Director Nacional Adjunto da ..., proferido em 31.07.2014, que determinou a colocação da Demandante na Unidade Local de Investigação Criminal (ULIC) de...;
 - b. A anulação do despacho da Ministra da..., proferido em 2110.2014, que indeferiu o recurso hierárquico proposto pela Demandante contra o despacho mencionado em a.;
 - c. A condenação do Demandado no deferimento da pretensão da Demandante, designadamente a sua colocação na Directoria do Norte da
3. A Demandante imputa os seguintes vícios aos actos impugnados:
 - a. O despacho de 31.07.2014 viola o princípio da legalidade e o princípio da igualdade, previsto no artigo 5.º do CPA, na medida em que não podia ter-se

desviado de uma prática anterior, invocando a abertura de vaga como condição para que a pretensão da demandante pudesse ser deferida;

b. O despacho de 31.07.2014, ao indeferir a pretensão da Demandante, viola ainda o disposto no artigo 97.º, n.º 3, da LO...¹;

c. A decisão proferida sobre o recurso hierárquico, ao confirmar o acto recorrido, traduz também a recusa da pretensão formulada pela Demandante, violando igualmente o disposto no artigo 97.º, n.º 3 da LO... .

4. Devidamente citado o Demandado, nos termos do artigo 16.º do Regulamento do CAAD, veio este apresentar contestação, pugnando pela improcedência dos pedidos apresentados pela Demandante.

5. Nos termos do Regulamento do CAAD, foi o signatário designado como Árbitro para o processo, considerando-se o Tribunal Arbitral constituído, após aceitação do referido árbitro, em 27.01.2015 (nos termos do e-mail do signatário da mesma data).

II. Saneamento do Processo

O Tribunal é competente. As partes têm personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e encontram-se regularmente representadas. Não existem nulidades.

Na petição inicial, a Demandante requereu que o Demandado fosse notificado para juntar aos autos os despachos que fixaram as vagas e publicação em ordem de serviço dos lugares ocupados pelos Inspectores identificados nos artigos 22.º e 23.º da petição inicial. A Demandante propôs-se ainda produzir a prova que se afigurasse necessária dos factos alegados nos artigos 22.º a 24.º da petição inicial.

Em 16.01.2014, veio a Demandada apresentar articulado superveniente, nos termos do disposto no artigo 86.º do CPTA. O Demandado pugnou pela inadmissibilidade do

articulado apresentado. Através de despacho proferido em 04.02.2015, o Tribunal decidiu admitir o articulado superveniente apresentado pela Demandante e, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 6, do Regulamento de Arbitragem do CAAD, notificou o Demandado para juntar aos autos diversos documentos. Através do mesmo despacho, o Tribunal notificou ainda as partes da sua intenção de conduzir o processo com base apenas em prova documental, dispensando a realização de audiências, tudo nos termos do disposto no artigo 21.º n.º 1, do Regulamento de Arbitragem do CAAD.

Através de requerimento datado de 10.02.2015, o B... veio juntar aos autos os requerimentos apresentados por C..., D... e E... tendo ainda esclarecido que *“não existem despachos de fixação de vagas dos lugares vagos ocupados por aqueles inspectores, estes foram sendo colocados à medida que cessavam as suas comissões de serviço nas vagas existentes e de acordo com a conveniência de serviço, como aliás já se tinha dito no artigo 11.º da resposta do articulado superveniente”*.

Em 11.02.2015, a Demandante veio requerer que fosse proferido despacho sobre a junção aos autos, pelo Demandado, dos despachos que fixaram vagas e publicação em ordem de serviço dos lugares vagos ocupados pelos inspectores F..., G... e H..., I..., J..., K..., L..., M..., N..., O... e P... .

Em 19.02.2015, em cumprimento de despacho do Tribunal, o Demandado veio juntar aos autos despachos de colocação de F..., G..., H..., J..., K..., L..., M..., O..., N... e P..., bem como os requerimentos apresentados por aqueles inspectores. Através do mesmo acto, o Demandado veio ainda esclarecer que *“não existem despachos de fixação de vagas dos lugares vagos ocupados, os inspectores foram sendo colocados, à medida a que cessavam as suas comissões de serviço, nas vagas existentes e de acordo com a conveniência do serviço.”*

¹ Lei Orgânica da..., aprovada pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de Novembro.

A Demandante e o Demandado manifestaram concordância com a proposta do tribunal de dispensar audiências para produção de prova, sendo o processo conduzido apenas com base em prova documental.

Em 12.05.2015, a Demandante veio requerer a junção aos autos da decisão proferida pelo Demandado na sequência do recurso hierárquico interposto pela Demandante junto da Ministra da..., por considerar ser o mesmo documento relevante para a boa decisão da causa na vertente da arbitrariedade e violação do princípio da igualdade. Sobre este documento, veio o Demandado dizer o seguinte, através de requerimento apresentado a 15.05.2015:

“Respeitando o documento, cuja junção se requer, a um procedimento distinto daquele que é objeto da presente ação, a sua junção não deve ser admitida, devendo aplicar-se o disposto no n.º 1 do artigo 443.º do CPC, aplicável ex vi artigo 1.º do CPTA.

Caso assim não se entenda, o que por mera hipótese académica se admite, reitera-se que «O preenchimento do lugar na ULIC de ... (...), após declaração de vontade livre e inequívoca, sem coação, (...), ocorreu por transferência, enquanto trabalhadora deslocada, (...), e conferiu-lhe o estatuto de trabalhadora residente no referido lugar da unidade da localidade de... . A candidatura (...) ao preenchimento dos lugares na Diretoria do Norte, na sequência da sua publicitação pela Ordem de Serviço n.º .../2014, fez-se com o estatuto de residente e não de deslocada, (...), sem poder ser preferencialmente colocada em órgão da unidade orgânica da localidade que requereu, na Diretoria do Norte, por já ter sido colocada, com essa preferência, (...) na ULIC de ... e, conseqüentemente, ter perdido a preferência do estatuto de deslocada e adquirido o estatuto de residente.» (evidenciado nosso).”

Através de despacho proferido a 18.05.2015, o Tribunal deferiu o pedido de junção dos documentos requerido pela Demandante, nos termos e para os efeitos do artigo 16.º, n.º 5 e 18.º, n.º 6 do Regulamento do CAAD.

Em 01.06.2015, o Tribunal determinou que o Demandado informasse e evidenciasse perante o Tribunal, a respeito de todos os casos indicados pela Demandante como exemplos de que os Inspectores da ... colocados nas Regiões Autónomas transferidos para o continente após decurso do período previsto no n.º 1 do artigo 97.º da LO... *“têm sido sempre colocados em órgão ou unidade orgânica da localidade que requerem, sem prévia abertura de vaga”* (cf. o artigo 21.º da petição inicial, com sublinhado nosso) – em concreto, os casos dos Inspectores F..., G..., H..., I..., K..., L..., N..., O... e P...–, a existência, ou não, antes da colocação dos Inspectores em órgãos ou unidades do continente, da prévia existência de vagas nos mesmos. Através do mesmo despacho, o Tribunal determinou ainda que fosse notificado o Demandado para juntar o requerimento de colocação no continente apresentado pela Inspectora F... .

Em 05.06.2015, o Demandado veio responder nos seguintes termos:

- a) Juntar aos autos o requerimento de colocação no Continente apresentado pela Inspetora F..., Doc. n.º 1;*
- b) Informar que não existem despachos de fixação de vagas dos lugares vagos e entretanto ocupados, os inspetores indicados como exemplo pela Demandante foram sendo colocados, à medida que cessavam as suas comissões de serviço, nas vagas existentes, e de acordo com a conveniência de serviço;*
- c) Naquela colocação é tido em conta, sempre que possível, as preferências indicadas pelos inspetores;*
- d) No entanto, por razões de conveniência de serviço, nem sempre é possível atender às preferências indicadas pelos Inspetores, como, aliás, sucedeu, por exemplo, com a Inspetora N..., que requereu a colocação na Diretoria do Norte e foi colocada no Departamento de Investigação Criminal de ..., vd. Doc. n.º 6 junto aos autos em 19/02/2015;*
- e) Salienta-se, ainda, que no Regulamento de Colocações do Pessoal da ... o conceito de “vaga” resulta do apuramento das necessidades das diversas unidades e/ou serviços da ..., aferidas em cada momento, que podem, ou não, determinar a necessidade de reforçar uma determinada unidade orgânica.”*

Em 12.06.2015, a Demandante veio responder nos seguintes termos:

1. *No âmbito da presente acção, o Demandado na sua contestação invoca nomeadamente o seguinte:*
 - a) *“a colocação na Directoria do Norte dependia da abertura de vaga” (art. 31.º);*
 - b) *“na falta de vaga outra solução não tinha o Director Nacional Adjunto que não o indeferimento da pretensão da Autora” (art. 32.º);*
 - c) *“Salienta-se, a abertura de vaga corresponde a um poder do director nacional, nos termos do art. 4.º do RCP...” (art. 34.º).*
2. *Quanto ao conceito de vaga, vide o que o Demandado outrora referiu na decisão que recai sobre o recurso hierárquico interposto pela Demandante (a título exemplificativo, pág. 6, notas de rodapé e pág. 7 da decisão, junta como doc. n.º 2 à petição).*
3. *Ora, veio o Demandado, (...) “informar que não existem despachos de fixação de vagas nos lugares vagos e entretanto ocupados, os inspectores indicados como exemplo pela Demandante foram sendo colocados, à medida que cessavam as suas comissões de serviço, nas vagas existentes, e de acordo com a conveniência de serviço” e ainda que “no Regulamento de Colocações do Pessoal da ... o conceito de “vaga” resulta do apuramento das necessidades das diversas unidades e/ou serviço da..., aferidas em cada momento, que podem determinar a necessidade de reforçar uma determinada unidade orgânica.”*
4. *Ou seja, tal significa que afinal os Inspectores da ... que vêm cessar as suas comissões de serviço nas Regiões Autónomas são colocados no continente independentemente da existência de vaga fixada pelo Director Nacional da*
5. *É que dizer-se que são colocados numa espécie de lugar cuja vacatura não é objecto de despacho, nem de publicação, e cuja existência ou inexistência, se bem se entende, fica no segredo não se sabe bem de quem, significa, salvo melhor opinião, que são colocados independentemente da abertura de vaga.*

(...)

III. Dos factos

Analisados os articulados, bem como os documentos juntos e demais elementos probatórios do processo, é convicção deste Tribunal Arbitral deverem ser considerados provados e não provados, com interesse para o processo, os seguintes factos:

(i) Factos dados como provados

1. Por despacho datado de 05.04.2012, a Demandante foi colocada no Departamento de Investigação Criminal do ... para cumprimento de comissão de serviço;
2. No dia 24.05.2012 iniciou funções no referido DIC;
3. Em 01.04.2014, a Demandante requereu ao Director Nacional da ... a sua colocação na Directoria do Norte, ao abrigo do disposto no artigo 97.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de Novembro;
4. Em 24.04.2014, a Demandante reiterou a sua pretensão;
5. Por despacho do Director Nacional Adjunto da ... de 30.04.2014 foi determinado “(...) *Aguarde-se por data mais próxima do fim do prazo de três meses agora solicitado para decidir a sua colocação, devendo a mesma, até lá, continuar colocada na DIC do... .*”
6. Em 05.05.2014, a Demandante solicitou junto do Director Nacional da ... a tomada de decisão sobre o pedido formulado;
7. A pedido do Director Nacional Adjunto da ... foi emitido um parecer jurídico, datado de 27.05.2014, de onde constam as seguintes conclusões:

"1. Pelo exposto, salvo melhor opinião, da análise dos preceitos normativos supra referidos parece poder concluir-se que não existe um direito de preferência na colocação na Directoria do Norte; 2. Apenas é conferida a possibilidade de manifestar uma pretensão de ser colocada num órgão ou unidade orgânica da localidade que requerer, em alternativa ao disposto no art. 13.º do RCP..., que garante «Terminada a comissão de serviço, o trabalhador tem direito a regressar a serviço da localidade onde tem colocação como residente». 3. Caso o pedido de transferência para a Directoria do Norte não possa ser deferido no prazo de três meses, o mesmo terá de ser fundamentado em conformidade,

de acordo com o n.º 3 do art. 97.º de LO..., ou seja por se verificar inconveniência para o serviço, pois esse requisito negativo é o único condicionante à sua pretensão em ser colocada na Directoria do Norte".

8. Por despacho do Director Nacional Adjunto da ... datado de 28.05.2014 foi decidido o seguinte: *“Concordo. Informe-se a Sra. Inspectora que sendo aberta vaga na Directoria do Norte no prazo de três meses será ponderada a sua indicação de ser aí colocada beneficiando do direito que lhe é conferido pelo artigo 97.º, n.º 3 do DL 275-A/2000, de 09/11.”*

9. Por despacho do Director Nacional Adjunto da ... datado de 08.07.2014 foi determinado que a Demandante informasse *“se, em alternativa ao seu regresso à Unidade de origem, o DIC de..., está disponível para ser colocada na ULIC de...”*.

10. Em 15.07.2014, a Autora reiterou a sua pretensão de ser colocada na Directoria do Norte, acrescentando ainda que *“perante a falta de opções, ditada pelo despacho acima, a signatária sente-se obrigada a, por razões de proximidade geográfica com a sua área de residência (...), mostrar disponibilidade para colocação na ULIC de..., por oposição ao seu regresso ao DIC de ... (a 568 km da sua residência). Por último, cumpre informar que, a concretizar-se uma colocação na ULIC, por razões familiares e financeiras, a signatária carecerá de fixar residência no seu domicílio fiscal sito em..., ..., a cerca de 70 km das instalações da ULIC de..., necessitando para o efeito de deslocação diária de uma assinatura mensal de transportes públicos (...).”*

11. Por despacho proferido pelo Director Nacional Adjunto da ... em 24.07.2014 foi determinado que a Autora fosse informada que *“a sua eventual colocação na ULIC de ... não pressupõe concessão imediata de autorização para residir a mais de 50 km daquela localidade (...) se nada disser em dois dias será proferida decisão relativa à sua colocação.”*

12. Por despacho de 31.07.2014, notificado à Autora em 01.08.2014, foi a Autora colocada na ULIC de... .

13. A Demandante interpôs recurso hierárquico daquela decisão, dirigido à Ministra da Justiça, em 13.08.2014.

14. Por despacho de 21.10.2014, o recurso hierárquico interposto junto da Ministra da Justiça foi indeferido e o ato recorrido foi confirmado.

15. A Demandante voltou a solicitar a sua colocação na Directoria do Norte no âmbito do movimento do pessoal de investigação criminal que foi aberto por despacho de 12.12.2014 e publicitado na Ordem de Serviço n.º .../2014.

16. Por despacho de 18.12.2014 do Director Nacional Adjunto da..., confirmado por despacho de 09.01.2015, o pedido da Demandada foi indeferido.

17. Em 16.02.2015, a Demandada interpôs recurso hierárquico junto da Ministra da ... dos despachos mencionados no ponto anterior.

18. O referido recurso hierárquico foi indeferido por despacho da Ministra ... de 06.04.2015.

19. Da informação que antecede o despacho referido no ponto anterior consta a seguinte fundamentação:

“O preenchimento de lugar por trabalhador deslocado faz-se sem publicitação do movimento, por imposição legal, nos casos previstos no art. 97.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 275-A/2000, e no art. 13.º do RCP..., no continente, no lugar de origem do trabalhador ou do serviço da localidade onde tem colocação como residente, e a seu pedido ou por imposição do serviço, sem ou com publicitação do movimento, em lugar de órgão ou unidade orgânica da localidade requerida pelo trabalhador ou da conveniência da Administração.

(...)

Em conformidade e no caso concreto, verifica-se que o preenchimento do lugar da ULIC de ... ocorreu sem prévia publicitação do lugar a preencher, a pedido da trabalhadora deslocada, em alternativa à colocação na DIC de..., e por conveniência de serviço, e que o preenchimento dos lugares na Directoria do Norte ocorreu com e sem publicitação dos lugares a preencher, também a pedido dos trabalhadores e por razões de conveniência do serviço, em função do estatuto de deslocados ou residentes dos inspectores a colocar, por se encontrarem em comissão de serviço ou se candidatarem ao movimento aberto pelo Despacho de 12.12.2014, publicitado pela Ordem de Serviço n.º .../2014.”

20. Através de despacho do Director Nacional Adjunto da ... datado de 19.12.2013, foi determinada a cessação da comissão de serviço em serviços das

Regiões Autónomas e colocação, ao abrigo do artigo 97.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 275-A/2000 dos seguintes inspectores:

-F..., colocada na UNCC;

-G..., colocado na Directoria do Norte;

-I..., colocado na Directoria do Norte;

-H..., colocada na Directoria do Norte.

21. A Inspectora F... solicitou colocação na Unidade Nacional de Combate à Corrupção, nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço em

22. A Inspectora H... solicitou colocação na Directoria do Norte nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço em ...;

23. O Inspector G... solicitou colocação na Directoria do Norte nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço em ...;

24. O Inspector I... solicitou colocação na Directoria do Norte nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço em ...;

25. A Inspectora J... solicitou colocação no Continente, nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal do No pedido efectuado acrescenta que “com base no mesmo articulado, mas tendo em consideração o plasmado no seu n.º 3, solicita ainda que a aludida colocação seja consumada, preferencialmente, na Unidade Nacional de Combate à Corrupção, local correspondente à colocação inicial (...)”.

26. Por despacho do Director Nacional Adjunto da ... de 23.01.2014, foi cessada a comissão de serviço no DIC do ... à Inspectora J..., ficando a mesma colocada na Unidade Nacional de Combate ao Tráfico de Estupefacientes.

27. O Inspector K... solicitou colocação na Unidade de Prevenção e Apoio Tecnológico, nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal do

28. Através de despacho do Director Nacional Adjunto da ... cuja data não é perceptível, foi determinada a cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal do ... e colocação, ao abrigo do artigo 97.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 275-A/2000, na Unidade de Prevenção e Apoio Tecnológico, do Inspector K... .

29. O Inspector L... solicitou colocação na Unidade Nacional de Combate à Corrupção, nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal de

30. Através de despacho do Director Nacional Adjunto da ... de 27.02.2014, foi determinada a cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal de ... e colocação, ao abrigo do artigo 97.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 275-A/2000, na Unidade Nacional de Combate à Corrupção, do Inspector L... .

31. O Inspector M... solicitou colocação na Directoria do Norte, nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal de

32. Através de despacho do Director Nacional Adjunto da ... de 02.05.2014, foi determinada a cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal de ... e colocação, ao abrigo do artigo 97.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 275-A/2000, por conveniência de serviço, no DIC de ..., do Inspector M... .

33. A fundamentação do despacho referido no ponto anterior é a seguinte: “o Sr. Inspector M... vem solicitar a cessação da sua comissão de serviço no DIC de ... e, ao abrigo do disposto pelo art. 97.º da LO..., a sua colocação na D. do Norte. Sucede, porém, que, ao contrário do que sucede com outras unidades da..., designadamente com o DIC de..., a D. do Norte não carece de reforço imediato do pessoal de investigação criminal, pelo que a colocação do Sr. Inspector nesta directoria, em prejuízo de outra mais carecida de tal reforço, revelar-se-ia inconveniente para o serviço. Assim, pelo exposto, ouvido que foi o próprio através de contacto telefónico por mim estabelecido no pretérito dia 30/04, determino a cessação da comissão de serviço do Sr. Inspector M... no DIC de ... e, por conveniência de serviço, a sua colocação no DIC de

34. Por despacho do Director Nacional Adjunto de 29.05.2014, foi autorizada a permuta entre a Inspectora de Escalão 2 Q... e o Inspector de Escalão 1 M..., ficando colocados, respectivamente, na DIC de ... e Directoria do Norte.

35. A Inspectora N... solicitou colocação na Directoria do Norte, nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal de ..., solicitou ainda, caso não fosse admissível a colocação naquela Directoria, a sua colocação no Departamento de Investigação Criminal de... .

36. Por despacho do Director Nacional da ... de 04.07.2014, foi cessada a comissão de serviço no DIC de ... à Inspectora N..., ficando a mesma colocada na DIC de

37. O Inspector O... solicitou colocação no DIC de ..., nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal de... .

38. Por despacho do Director Nacional da ... de 04.07.2014, foi cessada a comissão de serviço no DIC de ... ao Inspector O..., ficando o mesmo colocado no DIC de

39. O Inspector P... solicitou colocação na Directoria do Centro, nos termos do artigo 97.º, n.º 3 da LO..., na sequência da cessação da comissão de serviço no Departamento de Investigação Criminal de... .

40. Por despacho do Director Nacional Adjunto da ... de 21.10.2014, foi cessada a comissão de serviço no DIC de ... ao Inspector P..., ficando o mesmo colocado na Directoria do Centro.

41. Na Informação de Serviço n.º .../2012 da Unidade de Recursos Humanos e Relações Públicas da ..., pode ler-se o seguinte: “11. *Esta tem sido, aliás, a interpretação seguida em processos anteriores desta natureza. Os trabalhadores colocados em comissão de serviço nas regiões autónomas são, normalmente, colocados, aquando da respectiva cessação, nas localidades por si solicitadas. 12. O mesmo entendimento está subjacente ao art. 97.º do Dec. Lei n.º 275-A/2000, de 9 de novembro, sobre “Colocação das Regiões Autónomas”, que determina no seu n.º 3, que os trabalhadores aí colocados, são preferencialmente colocados em órgão ou unidade orgânica da localidade que requererem e se não houver inconveniente para o serviço.*”

(ii) Factos dados como não provados

Não há factos relevantes para a decisão da causa que tenham sido considerados não provados.

(iia) Fundamentação

A fixação da matéria de facto baseou-se no processo administrativo, nos documentos juntos pelas partes e em afirmações da Demandante que não são impugnadas pelo Demandado.

IV. Do Direito

Do mérito da causa

A Demandada impugna, como referido supra, a legalidade do despacho do Director Nacional Adjunto da..., proferido em 31.07.2014, que determinou a colocação da Demandante na ULIC de..., bem como do despacho da Ministra da..., proferido em 21.10.2014, que indeferiu o recurso hierárquico proposto contra aquele acto. Além disso, e em consequência, a Demandante peticiona a condenação do Demandado no deferimento da pretensão da Demandante, designadamente, a sua colocação na Directoria do Norte da Para tanto, imputa aos actos os vícios que se indicam infra e cuja procedência se analisará de seguida:

- a. O despacho de 31.07.2014 viola o princípio da legalidade e o princípio da igualdade, previsto no artigo 5.º do CPA, na medida em que não podia ter-se desviado de uma prática anterior, invocando a abertura de vaga como condição para que a pretensão da demandante pudesse ser deferida;
- b. O despacho de 31.07.2014, ao indeferir a pretensão da Demandante, viola ainda o disposto no artigo 97.º, n.º 3, da LO...;
- c. A decisão proferida sobre o recurso hierárquico, ao confirmar o acto recorrido, traduz também a recusa da pretensão formulada pela Demandante, violando igualmente o disposto no artigo 97.º, n.º 3 da LO... .

a. Vício de violação de lei por violação do artigo 97.º, n.º 3 da LO... e do princípio da legalidade

No presente caso, está em causa a aplicação de uma norma – constante do n.º 3 do artigo 97.º da LO... – nos termos da qual:

3 - Os funcionários transferidos ao abrigo dos números anteriores são preferencialmente colocados em órgão ou unidade orgânica da localidade que requererem e se não houver inconveniente para o serviço".

Quanto ao n.º 1 e ao n.º 2 da mesma disposição legal, dispõem o seguinte:

"1 - Os funcionários colocados nas Regiões Autónomas adquirem o direito a serem transferidos para o continente decorridos dois anos de serviço efectivo a contar do início de funções naquelas Regiões, devendo a transferência consumir-se no prazo máximo de três meses a contar da data da apresentação do respectivo pedido.

2 - A transferência referida no número anterior pode, contudo, ser antecipada, desde que tenham decorrido dois terços do período de serviço efectivo a que alude o número anterior e se verifique motivo ponderoso e dela não resulte prejuízo para o serviço."

Do conjunto de normas enunciado no artigo 97.º da LO... resulta, pois, o seguinte quadro:

- Os funcionários que sejam colocados nas Regiões Autónomas e que aí prestem serviço efectivo durante dois anos adquirem o direito a ser transferidos para o continente;
- A transferência para o continente deve ter lugar no prazo máximo de três meses a contar da data da apresentação do pedido pelo funcionário;
- A transferência pode ser antecipada se: (i) tiverem decorrido dois terços daquele período de dois anos, (ii) se verificar motivo ponderoso e (iii) se dela não resultar prejuízo para o serviço;
- A colocação dos funcionários numa específica unidade depende de: (i) requerimento com essa indicação e (ii) inexistência de inconveniente para o serviço.

No caso concreto, a Demandante foi colocada no Departamento de Investigação Criminal do ... para cumprimento de comissão de serviço por despacho de 05.04.2012, tendo iniciado funções no dia 24.05.2012. Assim, em 24.05.2014 perfez dois anos de exercício efectivo de funções em comissão de serviço na Região Autónoma da Madeira, adquirindo

pois, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 97.º da LO..., direito a ser transferida para o continente.

A Demandante apresentou o pedido de transferência para o continente, especificamente para a Directoria do Norte, ao abrigo do n.º 3 do artigo 97.º da LO..., no dia 01.04.2014. Contudo, por determinação do Director Nacional Adjunto da ... exarada em despacho de 31.07.2014, a Demandante acabou por ser colocada na ULIC de ... e não, como havia solicitado, na Directoria do Norte. O despacho notificado à Demandante não contém qualquer fundamentação para a não colocação na Directoria do Norte, limitando-se a referir que *“Atento o teor da presente informação, coloco a Sra. Inspectora A... na ULIC de... Data: Lx, 31/07/2014 Assin.: ...”*.

No entender da Demandante, o n.º 3 do artigo 97.º da LO... atribui aos funcionários colocados nas Regiões Autónomas um direito de preferência na colocação em órgão ou unidade orgânica da localidade que requererem, direito de preferência esse que só pode ser recusado mediante invocação de inconveniência para o serviço, devendo tal inconveniência ser fundamentada.

Do despacho impugnado não consta a fundamentação para o indeferimento da pretensão da Demandante. Contudo, é possível verificar, no processo administrativo (cf. o despacho de 28.05.2014, constante de fls. 63 e transcrito a fls. 62², bem como a Informação n.º I-...J/2014/..., de 06.10.2014, constante de fls. 6 que acompanhou o envio do recurso hierárquico ao Gabinete da Ministra da ...³) que a razão para tal indeferimento terá sido a não abertura de vaga para o efeito, ou seja, que foi entendimento da Entidade Demandada que o pedido da Inspectora, ora Demandante, só poderia ser satisfeito se viesse a abrir vaga no serviço onde a mesma pediu para ser colocada.

² No qual se informa a Inspectora de que “sendo aberto vaga no D. Norte, no prazo de três meses, será ponderada a sua indicação de ser aí colocada, beneficiando do direito que lhe é conferido pelo art. 97.º/3 do DL n.º 275-A/2000, de 09/11.”

³ E na qual se pode ler o seguinte “Em qualquer caso, porém, a colocação, sempre por transferência, em movimento ordinário ou extraordinário,

A Demandada entende que esse entendimento viola o disposto no artigo 97.º, n.º 3 da LO..., do qual não decorre que a transferência dos inspectores deva ficar dependente da prévia abertura de vaga na unidade para onde aqueles peçam para ser transferidos.

Importa, portanto, decidir acerca do sentido e alcance da norma prevista no n.º 3 do artigo 97.º da LO..., a qual, recorde-se, estabelece que “Os funcionários transferidos ao abrigo dos números anteriores são preferencialmente colocados em órgão ou unidade orgânica da localidade que requererem e se não houver inconveniente para o serviço”.

A norma em causa estabelece as condições de que depende a transferência de funcionários que tenham cumprido a respectiva comissão de serviço de dois anos em qualquer das regiões autónomas, determinando que os mesmos serão preferencialmente colocados em órgão ou unidade orgânica da localidade que requererem e se não houver inconveniente para o serviço. A norma atribui, pois, uma margem de livre apreciação ao aplicador na medida em que, na sua previsão, inclui a condição “se não houver inconveniente para o serviço”, podendo ser enunciada da seguinte forma alternativa: “(i) Os funcionários transferidos ao abrigo dos números anteriores, (ii) se não houver inconveniente para o serviço, (iii) serão (iv) preferencialmente colocados em órgão ou unidade orgânica da localidade que requererem”, em que (i) e (ii) são as condições (inseridas na previsão da norma) de que depende a operatividade da respectiva estatuição - colocação na unidade orgânica requerida.

Como é sabido, os actos administrativos podem ser predominantemente vinculados ou predominantemente livres. Neste segundo caso, a administração dispõe de uma margem de livre decisão, o que significa que é relativamente livre (dentro do bloco de legalidade a que está sujeita) para determinar o conteúdo concreto da sua atividade, actuando quer ao abrigo de discricionariedade, quer ao abrigo de uma margem de livre apreciação.

A distinção entre o que é o exercício de uma competência vinculada e o que é o exercício de uma competência ao abrigo da margem de livre decisão tem, desde logo, uma consequência prática fundamental: a de que, quando a administração actua ao abrigo de

uma margem de livre decisão, a sua decisão está fora do âmbito do controlo jurisdicional. O controlo jurisdicional que possa existir limita-se, por conseguinte, à aferição do respeito pelas vinculações administrativas e pelos limites internos da margem de livre decisão, sem entrar no controlo do mérito da decisão, ou seja, na apreciação das respectivas oportunidade e conveniência (neste sentido, e a propósito da condenação à prática do acto legalmente devido, veja-se o disposto no n.º 2 do artigo 71.º do CPTA).

Quando a administração actua no âmbito da margem de livre decisão pode fazê-lo de duas formas: ao abrigo da (i) discricionariedade ou de uma (ii) margem de livre apreciação. A discricionariedade consiste numa liberdade conferida por lei à administração para que esta escolha uma de entre várias alternativas de actuação juridicamente admissíveis, podendo ser, por conseguinte, em geral, detectada através da utilização, na estatuição da norma, de expressões com significado permissivo, sejam elas o típico “pode”, a expressão de alternativa “ou”, ou conceitos indeterminados e cláusulas gerais. A margem de livre apreciação resulta, por outro lado, da atribuição, pela lei, à administração, de uma liberdade de apreciação das situações de facto que respeitam aos pressupostos da sua decisão. Não se trata, portanto, como na discricionariedade, da atribuição de uma margem de liberdade para a realização de uma escolha entre alternativas, mas sim da atribuição de um espaço de liberdade para que a administração possa, ela própria, avaliar os pressupostos de facto da sua decisão. Por este motivo, a atribuição, pela norma, de uma margem de livre apreciação à administração é tipicamente encontrada na previsão da norma.

No caso concreto, verifica-se a atribuição à administração de uma margem de livre apreciação. A decisão sobre a transferência para o continente de funcionários que cumpram o período de dois anos de comissão de serviço nas regiões autónomas não é vinculada, pois que a lei não a impõe, sem mais, ao órgão administrativo decisor. A lei atribui-lhe, ao invés, liberdade de avaliação, em concreto através da criação de um espaço de livre apreciação das situações de facto que são pressupostos da decisão. A abertura encontra-se, portanto, predominantemente, na previsão da regra jurídica, que estabelece que a

transferência para o continente terá lugar para o órgão ou unidade orgânica da localidade que os funcionários a transferir requererem, *se não houver inconveniente para o serviço*.

Ora, no caso concreto, verifica-se que o órgão decisor, ao formular a sua decisão ao abrigo da margem de livre apreciação que lhe é fornecida pela norma jurídica constante do n.º 3 do artigo 97.º da LO..., recorre ao critério da existência ou não existência de vaga no órgão ou unidade orgânica para onde o funcionário requer que seja feita a transferência. Ou seja, entendeu o órgão decisor que, na apreciação da conveniência ou inconveniência para o serviço de aceitar a transferência requerida pelo inspector deve ser tida em conta a existência ou inexistência de vaga nesse mesmo órgão ou unidade e que, não existindo vaga, a sua criação apenas para o efeito de receber o inspector que o tenha requerido, representa uma situação de inconveniente para o serviço. A existência de vaga no órgão ou unidade para onde o inspector solicita a transferência foi, pois, eleita como critério de avaliação da conveniência para o serviço de receber esse mesmo inspector.

Ora, porque nos encontramos no âmbito de uma competência de exercício predominantemente livre, o controlo jurisdicional só poderá incidir sobre as vinculações normativas e sobre os limites internos da margem de livre decisão, e não sobre o mérito da mesma. Neste sentido, a eleição do critério da pré-existência de vaga como critério de apreciação da conveniência para o serviço (que é um pressuposto da decisão sobre a transferência para o órgão ou unidade da localidade solicitada pelo inspector) insere-se na liberdade de avaliação das situações de facto que consubstanciam pressupostos da decisão administrativa, não podendo, como tal, ser sindicada pelo tribunal.

Dentro das vinculações normativas da decisão, e cujo cumprimento cabe ao Tribunal verificar (sendo ou não invocadas pelas partes, conforme decorre do disposto no artigo 95.º, n.º 2, do CPTA, aplicável *ex vi* artigo 29.º do Regulamento de Arbitragem do CAAD), avulta o dever de fundamentação da decisão, previsto no artigo 268.º, n.º 3 da Constituição, nos termos do qual “os actos administrativos (...) carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos”. O mesmo dever de fundamentação encontra-se também plasmado nos artigos 152.º e 153.º do Novo Código do

Procedimento Administrativo (NCPA), aplicável ao procedimento em apreço por força do disposto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprovou o NCPA, nos termos do qual a parte IV do Código se aplica aos procedimentos administrativos em curso à data da sua entrada em vigor. Assim, o artigo 152.º, epígrafado de “dever de fundamentação”, estabelece que:

1 - Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os atos administrativos que, total ou parcialmente:

a) Nuguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções;

b) Decidam reclamação ou recurso;

c) Decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial;

d) Decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais;

e) Impliquem declaração de nulidade, anulação, revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior.

2 – (...)

Já o artigo 153.º, sobre os requisitos da fundamentação, estabelece que:

1 - A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituem, neste caso, parte integrante do respetivo ato.

2 - Equivale à falta de fundamentação a adoção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do ato.

3 - Na resolução de assuntos da mesma natureza, pode utilizar-se qualquer meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que tal não envolva diminuição das garantias dos interessados.

Em anotação às disposições legais equivalentes às transcritas constantes do antigo CPA (então os artigos 124.º e 125.º), Mário Esteves de Oliveira/Pedro Costa Gonçalves/J. Pacheco de Amorim referem o seguinte: “(...) *podemos então dizer, com Rogério Soares e Vieira de Andrade, que, sob o conceito de fundamentação, se encobrem duas exigências de natureza diferente: por um lado, está em causa a exigência de o órgão administrativo justificar a decisão, identificando a situação real (ou de facto) ocorrida, subsumindo-a na previsão legal e tirando a respectiva consequência; por outro lado, nas decisões discricionárias está em causa a motivação, ou seja, a exposição do processo de escolha da medida adoptada, que permita compreender quais foram os interesses e os factores (motivos) que o agente considerou nessa opção.*” (cf. Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª edição, Almedina, p. 591, anotação ao artigo 124.º). Não obstante os autores se referirem apenas a decisões discricionárias, obviamente que a necessidade de fundamentação está igualmente presente nas decisões tomadas no exercício de uma margem de livre apreciação, como é a do presente caso. Por conseguinte, a motivação, enquanto exposição do processo de decisão, do *iter* decisivo, do órgão administrativo, é fundamental para se dar cumprimento pleno ao dever de fundamentação, pois é justamente através da enunciação dos passos desse processo que o órgão decisor permite ao interessado (e a outros, nomeadamente aos tribunais) conhecer os critérios, fundamentos e pressupostos em que assentou a sua decisão. É, portanto, a exposição dessa motivação, sobretudo em casos de margem de livre decisão – em que a administração é chamada a aplicar a norma de uma forma predominantemente livre – que permite avaliar se a decisão respeitou o bloco de legalidade a que estava sujeita e, em casos como o presente, os limites internos da margem de livre decisão. É, aliás, conhecida a máxima segundo a qual o ónus de fundamentação cresce proporcionalmente à margem de livre decisão (discricionariedade e margem de livre apreciação) coenvolvidas no acto a praticar.

A ideia de que o cumprimento da exigência legal acerca do conteúdo da fundamentação não se esgota com a mera indicação das razões factuais e jurídicas que foram tidas em conta na tomada da decisão surge reforçada em anotação ao então artigo 125.º do CPA, em que os autores referem o seguinte:

“Para cumprir a exigência legal não basta, contudo, que se indiquem e exponham as razões factuais e jurídicas que se ponderaram ao tomar a decisão. É necessário que com elas se componha um juízo lógico-jurídico – tendencialmente subsuntivo (no caso de poderes vinculados) ou teleologicamente orientado (poderes discricionários) -, de premissa maior e menor, das quais saia “mecanicamente”, digamos assim, aquela conclusão: a fundamentação deve relevar claramente qual foi o iter lógico, o raciocínio do autor do acto para, perante a situação concreta do procedimento, tomar aquela decisão.” (cf. Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.^a edição, Almedina, p. 602, anotação ao artigo 125.º).

A Demandante foi notificada por email do despacho do Director Nacional Adjunto que, simultaneamente, indeferiu a sua pretensão de ser colocada na Directoria do Norte e decidiu colocá-la na ULIC de... . Do email consta o seguinte texto:

“Para conhecimento de V. Exa. transcreve-se o despacho do Exmo. Sr. Director Nacional Adjunto Dr. ... de 31.07.2014, que recai sobre a colocação da senhora inspectora A...:

“Atento o teor da presente informação, coloco a Sra. Inspectora A... na ULIC de

Data: Lx, 31/07/14

Assin.:...”

Não obstante não constar do referido despacho, nem de qualquer anexo ao mesmo, a respectiva fundamentação, admite-se que a mesma se faça por recurso ao que consta do processo instrutor, nomeadamente ao pronunciamento do órgão decisor em resposta ao recurso hierárquico apresentado junto da Ministra da... . Dele consta o seguinte:

“Por outro lado, nos termos do RCP..., o termo «preferencialmente» e «preferência» usados nos artigos 5.º e 6.º têm uma finalidade própria no âmbito de um procedimento de movimentação para preenchimento de vagas, estabelecendo critérios para a colocação dos funcionários em caso de haver candidaturas e de colocação por imposição nas vagas existentes.

Assim, o termo «preferencialmente» não se confunde com direito legal de preferência e não se reconduz, nem tem a mesma finalidade, aos critérios de preenchimento de vagas previstos nos referidos artigos 5.º e 6.º do RCP... .

O direito de preferência refere-se à possibilidade que o titular de um dado direito tem, em determinadas condições e circunstâncias, de fazer valer esse seu direito antes de outras pessoas o poderem fazer valer sobre a mesma coisa ou situação, o que não se verifica no caso em apreço.

No contexto do n.º 3 do art. 97.º da LO... e dos artigos 5.º e 6.º do RCP..., parecer ser de interpretar, pois, que «preferencialmente» se refere à possibilidade de requerer a transferência para órgão ou unidade orgânica da localidade pretendida.

Assim, e nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 95.º da LO..., a transferência ocorre: «(...) quando se verificam entre departamentos situados em localidade diferentes, a seu pedido, caso em que adquirem no departamento de destino o estatuto de funcionário residente.»

Da análise dos preceitos normativos supra referidos, parece poder concluir-se que não existe um direito de preferência na colocação na Directoria do Norte.

Apenas é concedida a possibilidade de manifestar uma pretensão de ser colocada num órgão ou unidade orgânica da localidade que requerer, em alternativa ao disposto no artigo 13.º do RCP..., que garante “terminada a comissão de serviço, o trabalhador tem direito a regressar a serviço da localidade onde tem colocação como residente».

Quanto ao invocado vício de falta de fundamentação, nos termos do artigo 124.º e 125.º do CPA, parece-nos que à recorrente não deverá ser reconhecida razão.

Do ponto de vista factual constata-se que a colocação na Directoria do Norte depende de abertura de vaga, E tendo em conta todo o procedimento, nas suas sucessivas fases e as comunicações e os contactos havidos, ainda que informais, não será de aceitar que a recorrente alegue que desconhece a justificação.

(...)”

Do restante processo administrativo constam também diversas referências à inexistência de vaga na Directoria do Norte, assim como à possibilidade de a mesma vir a ser criada até ao final do prazo de 3 meses que o órgão decisor tinha para proceder à transferência da Demandante para o continente. Decorre também do processo, designadamente do despacho do Director Nacional Adjunto que acaba por determinar a colocação da Demandante na ULIC de ..., que a referida vaga não veio a ser criada.

No requerimento apresentado a 05.06.2015 pelo Demandado, este salienta “que no Regulamento de Colocações do Pessoal da Polícia Judiciária o conceito de “vaga” resulta do apuramento das necessidades das diversas unidades e/ou serviços da..., aferidas em cada momento, que podem, ou não, determinar a necessidade de reforçar uma determinada unidade orgânica.” Ou seja, a vaga de cuja existência depende, no entender da Entidade Demandada, a colocação de um funcionário ao abrigo do n.º 3 do artigo 97.º da LO..., pode ser uma vaga existente previamente ao pedido do funcionário ou uma vaga decorrente da avaliação feita no momento em que o pedido é apresentado, em qualquer dos casos resultando do apuramento das necessidades das unidades e serviços da Ora, se assim é, a fundamentação do acto recorrido deveria incluir a motivação para a conclusão de que não existia uma vaga, prévia ou resultante da análise das necessidades da Directoria do Norte feita após o pedido da Demandante. Mas a verdade é que o órgão decisor não descreve, em momento algum do procedimento, nem em resposta ao primeiro pedido apresentado, nem posteriormente, quando este pedido foi reiterado pela Demandante, a análise das necessidades da Directoria do Norte da qual decorre a inexistência de vaga. Não se refere em lado nenhum do processo instrutor a avaliação que terá sido conduzida para se chegar à conclusão de que não havia vaga para colocação da Demandante. Neste sentido, o dever de fundamentação do acto recorrido –o despacho de 31.07.2014 do Director Nacional Adjunto da ...– foi incumprido pois, aceitando-se que a existência ou inexistência de vaga é um critério livremente definido pelo órgão decisor para avaliar a conveniência do serviço, a avaliação concreta desse critério e a forma como a mesma conduz à decisão são componentes essenciais do dever de fundamentação do acto que foram, *in casu*, incumpridas.

A ausência de fundamentação legalmente devida determina a invalidade do acto administrativo que dela careça, por violação do disposto nos artigos 152.º, n.º 1, alínea c) e 153.º, n.º 1 do NCPA. A sanção típica aplicável aos actos administrativos inválidos é, como se sabe, a anulabilidade, sendo os actos nulos apenas quando a lei comine expressamente essa sanção (cf. o n.º 1 do artigo 161.º e o n.º 1 do artigo 163.º do NCPA). No presente caso, porém, importa ponderar se a nulidade poderá decorrer do disposto no

artigo 161.º, n.º 2, alínea d) do NCPA, caso se determine que o despacho impugnado ofende o conteúdo essencial de um direito fundamental.

A esse nível, importa saber se o vício em causa - falta de fundamentação - é susceptível de determinar a nulidade do acto impugnado face à consagração constitucional do direito à fundamentação dos actos administrativos e à sua importância em termos garantísticos, em termos que levem à sua qualificação como direito fundamental.

Referindo-se a esta alínea d), Freitas do Amaral (cf. “Curso de Direito Administrativo”, vol. II, 2.ª edição, 2011, Almedina, pág. 450) explica que *“a expressão direitos fundamentais só abrange, neste artigo, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga, excluindo os direitos económicos, sociais e culturais que não tenham tal natureza. (...) O mesmo se diga dos direitos subjetivos públicos de carácter administrativo (por exemplo, direito de informação, direito à audiência prévia, direito à notificação, etc.) cuja violação é, quanto a nós, geradora de mera anulabilidade, por não estar em causa a protecção da dignidade da pessoa humana.”*

Também Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos se pronunciam no mesmo sentido, referindo que *“a formulação legal é excessivamente ampla: por direitos fundamentais, para estes efeitos, devem entender-se apenas os direitos, liberdades e garantias (quer os direitos do Título II da Parte I CRP, quer os direitos análogos a estes, nos termos do art. 17.º CRP) e não os direitos económicos, sociais e culturais na sua dimensão de direitos a prestações (...)”* (cf. “Direito Administrativo Geral, Tomo III, Actividade Administrativa, 2007, Publicações Dom Quixote, pág. 163).

Além da doutrina citada, também a linha jurisprudencial dominante entende que, não obstante se tratar de uma imposição constitucional, o direito à fundamentação dos actos administrativos não constitui um direito de natureza fundamental cuja ofensa possa determinar a nulidade do acto. Isto porque a falta de fundamentação não põe em causa a identificabilidade orgânica ou a identificabilidade material do acto, repercutindo-se, apenas, e em princípio, na sua inteligibilidade e justificação perante os interessados (por

estar em causa essencialmente a sua compreensibilidade), pelo que também não implica a falta de qualquer elemento essencial do acto, não podendo, assim, gerar a sua nulidade.

No acórdão n.º 594/08 do Tribunal Constitucional, aquele Tribunal pronuncia-se sobre a questão nos seguintes termos:

“Nesta perspectiva, pode concluir-se não existir, em geral, um direito fundamental à fundamentação, ou, sequer, um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias (cf. José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., pp. 202 e 204), mas poder ele vir a ser permeado com as exigências dos direitos fundamentais, pelo menos, naqueles casos em que a fundamentação seja condição indispensável da realização ou garantia dos direitos fundamentais.” Na situação que estava em causa nesse aresto, o dever de fundamentação estava ligado com dois direitos fundamentais, um dos quais, como no presente caso, era o direito de acesso aos tribunais, na dimensão de direito ao recurso contencioso contra actos administrativos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, da Constituição). O Tribunal entendeu, não obstante, que *“a fundamentação dos actos administrativos não constitui pressuposto juridicamente necessário, ou condição insuprível, do exercício do direito de recurso contencioso, mas unicamente condição ou factor da uma sua maior viabilidade prática. A fundamentação constitui um instrumento institucional administrativo cuja existência potencia o conhecimento dos pressupostos de facto ou de direito, com base nos quais se praticou o acto ou deliberação administrativas, com certo conteúdo ou disposição constitutiva – a motivação e a justificação do acto (cf. Acórdão n.º 53/92, disponível em www.tribunalconstitucional.pt) –, e, conseqüentemente, das possíveis causas da sua invalidade. Ora, o direito de acção ou de recurso contencioso tem por conteúdo a garantia da possibilidade do acesso aos tribunais para a defesa desses direitos e interesses legalmente protegidos, afectados ou violados por actos administrativos. A fundamentação, apenas, propicia, na perspectiva de um eventual exercício desse direito ou garantia fundamental e da sua efectividade, a obtenção do material de facto e de direito cujo conhecimento poderá facilitar ao administrado, de modo mais ou menos determinante e decisivo, a interposição da concreta acção e o seu êxito, através da qual se pretende obter a tutela dos concretos direitos ou interesses legalmente protegidos cuja ofensa é imputada*

ao concreto acto e deliberação. Por mor da sujeição da administração ao princípio da legalidade administrativa e através desse instituto, o cidadão terá à mão, porventura, mais facilmente do que acontece nas relações privadas, onde lhe caberá desenvolver a actividade investigatória que tenha por pertinente, os elementos de facto e de direito com bases nos quais se pode determinar, pelo recurso aos tribunais, configurar os concretos termos da causa e apetrechar-se dos meios de prova, para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. O dever de fundamentação não tem, pois, uma relação de necessidade com o direito de acesso aos tribunais, existindo este sem aquele. Nesta perspectiva, pode concluir-se que o dever de fundamentação não constitui uma condição indispensável da realização ou garantia do direito fundamental de recurso contencioso contra actos administrativos lesivos dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados.”

Vamos no mesmo sentido do Tribunal Constitucional. De facto, no caso vertente, como se pode constatar pelo facto de o presente processo estar em curso, o direito de acesso aos tribunais não foi posto em causa pela insuficiência da fundamentação dos despachos recorridos. A falta de fundamentação dos actos viola o disposto nos artigos 152.º, n.º 1, alínea c) e 153.º, n.º 1 do NCPA, determinando a sua invalidade, sancionada com anulabilidade nos termos do disposto no artigo 163.º, n.º 1 do NCPA.

Note-se, ainda, que também o despacho da Ministra da ... que indefere o recurso hierárquico apresentado pela Demandante incumpe os deveres de fundamentação a que estava obrigado por lei na medida em que dele não consta a explicação para a inexistência de vaga para a Demandante na Directoria do Norte. Com efeito, embora na informação para a qual o mesmo remete se analise a questão da existência ou inexistência de vaga, dela não consta o *iter* decisivo que leva à conclusão “inexistência de vaga”, ou seja, a identificação das necessidades do serviço em termos de número de inspetores e a posterior conclusão, face aos objetivos do mesmo serviço, de que não havia necessidade de criação de vagas ou tão-pouco, vagas pré-existentes. Note-se o seguinte excerto: “*d) A preferência na colocação não confere, portanto, um direito a um lugar a criar na unidade orgânica da localidade pretendida, mas antes à ocupação de um lugar existente⁶, com*

preferência aos demais candidatos e ultrapassando-os, por reporte aos critérios gerais, desde que a tal colocação, numa ponderação na ótica do serviço, do interesse público, não se oponham inconvenientes tais que justifiquem a cedência do interesse particular, com indeferimento a formalizar em despacho devidamente fundamentado. [6. A “criação do lugar”, hodiernamente a criação do posto de trabalho, corresponde a uma responsabilidade do dirigente máximo do serviço, de acordo com um planeamento anual onde são (ou devem ser) ponderados os objetivos e as atividades da organização, em conjugação com as suas disponibilidades orçamentais. Por outro lado, como no caso vertente, nenhum direito pré-existente ou pré-constituído (como seja, por exemplo, aquele que se verificaria na unidade orgânica de origem, para garantir, com preponderância do interesse privado sobre o público, o retorno do trabalhador, caso todos os lugares se apresentassem ocupados à data do regresso) justifica a criação atípica e pontual de um lugar, de um posto de trabalho, para além daqueles que se afigurem necessários à prossecução dos objetivos do serviço: ou seja, e por outras palavras, a diretoria do Norte deverá dispor de número de postos de trabalho de inspetor necessários e adequados à prossecução dos objetivos públicos de investigação criminal a seu cargo, e não daqueles que, em adição, tivessem de ser criados para satisfazer o interesse particular de determinado trabalhador, ainda que em estímulo/recompensa de comissão de serviço em zona insular. Esta recompensa está prevista na lei, havendo, no entanto, de se conformar aos lugares vagos disponíveis na organização, em cada momento conjuntural.” A própria informação enuncia os termos pelos quais se deveria ter guiado para proceder a uma correta e completa fundamentação, mas não o faz. Assim, não resta outra conclusão senão a de que padece do mesmo vício do primeiro despacho impugnado, sendo, portanto, também o despacho da Ministra da ... anulável.

Nestes termos, conclui-se pela anulação de ambos os despachos impugnados, por vício de forma resultante da omissão do dever legal e constitucional de fundamentação.

b. Vício de violação de lei por violação do princípio da igualdade e condenação à prática do acto devido

A Demandante formula ainda um pedido de condenação à prática do acto legalmente devido, isto é, à colocação da Inspectora A... na Directoria do Norte, unidade orgânica da localidade que requereu, por, alega, estarem demonstrados todos os pressupostos de que a mesma depende nos termos do disposto no artigo 97.º da LO... . Entende ainda a Demandante que, no caso concreto e por comparação com os casos de outros inspectores que, tal como a mesma, solicitaram a sua transferência para o continente após comissão de serviço de dois anos numa das regiões autónomas, teria direito a ser colocada na unidade orgânica da localidade que requereu e não em ..., como acabou por acontecer por determinação dos despachos impugnados.

De acordo com a argumentação expendida pela Demandante, *“em situações idênticas de cessação de comissão de serviço nas Regiões Autónomas sempre foi atendido – e bem – o requerimento dos interessados no sentido de serem colocados no órgão ou unidade da localidade que requerem, sendo satisfeita a sua pretensão sem que para tanto fosse necessária a abertura de vaga nos termos do previsto no art. 4.º do RGCP...”* Ainda de acordo com a Demandante, *“um dos aspectos da actuação da Administração no respeito pelo princípio da igualdade traduz-se na auto-vinculação desta à conduta que haja adoptado antes, ou seja, à regra do precedente no seio da actividade administrativa. (...) Neste quadro, o Réu, seja por vinculação ao princípio da legalidade, seja por imposição do princípio da igualdade, não poderia ter-se afastado da prática anterior, invocando a abertura de vaga como condição para que a pretensão da Autora pudesse ser deferida.”*

A Entidade Demandada, chamada a pronunciar-se sobre a colocação dos inspectores indicados pela Demandante como fundamento de precedente, veio apenas informar que *“não existem despachos de fixação de vagas dos lugares vagos e entretanto ocupados, os inspectores indicados como exemplo pela Demandante foram sendo colocados, à medida que cessavam as suas comissões de serviço, nas vagas existentes, e de acordo com a conveniência de serviço.”*

A acção administrativa especial pode ser utilizada – na forma de acção de condenação à prática do acto devido – para obter a condenação da administração à prática de um acto

administrativo ilegalmente omitido ou recusado. O acto devido é, por conseguinte, o acto que deveria ter sido praticado no caso concreto e que, *ilegalmente*, o não foi – seja no âmbito de poderes vinculados ou da margem de livre decisão administrativa. Ponto é que, no juízo acerca da actuação da administração, se possa dizer que esta actuou de forma ilegal ao omitir ou recusar o acto em causa.

No caso concreto, como vimos, o órgão decisor encontrava-se no âmbito de uma margem de liberdade decisória, uma vez que a sua decisão haveria de decorrer no contexto de uma liberdade de apreciação das situações de facto relativas aos pressupostos da sua decisão. Assim, a decisão acerca da conveniência para a Directoria do Norte de receber a Inspectora A... cabia ao órgão decisor dentro dessa sua margem de livre apreciação, sem prejuízo, evidentemente, do respeito pelo bloco de legalidade vigente e pelos limites internos da margem de livre decisão.

Ora, sendo assim, a questão da fundamentação da decisão do Director Nacional Adjunto da ... volta a colocar-se a este propósito. Efectivamente, para que o tribunal possa aferir se o acto recusado (de colocar a Inspectora em causa na Directoria do Norte) o foi *ilegalmente*, é necessário que possa avaliar os pressupostos em que a decisão se baseou ou, como já se referiu supra, o iter decisório do órgão em questão. É, aliás, este o raciocínio subjacente ao disposto no artigo 152.º, alínea d) do NCPA (*“Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os actos administrativos que total ou parcialmente: d) decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais”*). Porém, a ausência da fundamentação legalmente devida, em concreto, a inexistência de uma descrição completa e coerente dos fundamentos em que se baseou o órgão em causa para decidir que era inconveniente para o serviço receber a Demandante, impedem este tribunal de determinar se a decisão foi tomada de forma legal ou ilegal. Por outro lado, e no que respeita ao fundamento invocado de violação do princípio da igualdade na vertente de desvio inaceitável do precedente criado, também o presente tribunal se vê impedido de decidir porquanto não dispõe de dados suficientes para aferir da igualdade de parâmetros das situações que lhe foram apresentadas.

Com efeito, além de não constarem do processo administrativo dados suficientes para se analisar a concreta motivação da decisão do Director Nacional Adjunto da ... relativamente ao pedido da Demandada para ser colocada na Directoria do Norte Entidade (designadamente, uma avaliação das necessidades do serviço face aos objectivos traçados para o mesmo, com posterior análise do número de inspectores existentes e aferição da eventual necessidade de colocação de mais), verifica-se que, chamada a pronunciar-se sobre a colocação de outros Inspectores após cessação de comissões de serviço nas regiões autónomas, a Demandada se limitou a dizer que *“não existem despachos de fixação de vagas dos lugares vagos e entretanto ocupados, os inspetores indicados como exemplo pela Demandante foram sendo colocados, à medida que cessavam as suas comissões de serviço, nas vagas existentes, e de acordo com a conveniência de serviço”*, mais uma vez sem apresentar fundamentações para essas decisões que permitam avaliar do respeito pelas mesmas dos respectivos parâmetros legais.

Face ao que antecede, o presente Tribunal não tem como aferir da violação do princípio da igualdade no procedimento em apreço, tal como não tem dados que lhe permitam concluir se, efectivamente, no caso concreto, se verificava ou não o pressuposto legal da “conveniência de serviço” para a concretização do pedido da Demandante de ser colocada na Directoria do Norte. E assim é porque o despacho de 31.07.2014 do Director Nacional Adjunto da ... não permite a este Tribunal avaliar os termos em que o mesmo se baseou para decidir no caso concreto visto não ter procedido a uma descrição da avaliação que conduziu à conclusão de que não era conveniente para o serviço em causa receber a Inspetora A... .

V. Decisão

Em razão do *supra* exposto, julga-se:

- (i) Procedente o pedido de anulação do despacho proferido em 31.07.2014 pelo Director Nacional Adjunto da ... que decidiu a colocação da Demandante na ULIC de...;

- (ii) Procedente o pedido de anulação do despacho proferido em 21.10.2014 pela Ministra da ... que indeferiu o recurso hierárquico interposto pela Demandante;
- (iii) Improcedente o pedido de condenação à prática do acto legalmente devido, a título de consequência da procedência dos anteriores pedidos.

- Notifique-se as partes, com cópia, e deposite-se o original da decisão (artigo 23.º, n.º 3 do Regulamento da CAAD);
- Fixa-se o valor da causa para efeitos de encargos processuais no montante € 30.000,01, por aplicação do artigo 34.º do CPTA, *ex vi* artigo 29.º do Regulamento do CAAD).
- Encargos processuais na importância de € 175 por cada sujeito processual, nos termos da tabela aplicável.

Lisboa, CAAD, 16 de Junho de 2015,

O árbitro,
Pedro Moniz Lopes