

ÓNUS DA PROVA E PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

António Bento São Pedro
Juiz Conselheiro do STA

1. A QUEDA DO MITO

Não é racionalmente sustentável a existência de uma presunção de legalidade dos actos administrativos, com relevo no âmbito da repartição do ónus da prova, no Contencioso Administrativo. O art. 6º do CPTA ao estabelecer um estatuto de “igualdade das partes” e a concepção segundo a qual o objecto do processo nas acções impugnatórias, não se reconduz a uma pretensão anulatória, passando a ser (literalmente) “*a pretensão material do interessado*” expressamente recusada (art. 66º, 2 do CPTA), são indícios (legais) da queda do presunção de legalidade dos actos administrativos.

Foi extraordinário o êxito desse mito, principalmente se pensarmos que na sua construção não havia uma base científica¹ sustentável.

Não *vinha prevista na lei* e portanto não era uma presunção de base *legal*; não era uma presunção de factos e por isso também não era uma presunção em sentido técnico-jurídico.² Era mais um *princípio* que radicava numa pré-compreensão da legitimidade do Poder Administrativo, sem dúvida sedutor, mas sem uma fundamentação constitucional válida, pois o Poder Administrativo é, desde há muitos anos, um poder derivado (da lei) sujeito ao princípio da legalidade.

A presunção de legalidade dos actos administrativos assentava num lamentável equívoco e foi geradora de perturbação na própria construção ou entendimento da relação jurídica processual.

Invocar a presunção de legalidade dos actos administrativos porque os mesmos eram executíveis, era recorrer a uma falsa fundamentação, pois todos títulos executivos são executíveis e não é por isso que se *presumem válidos* quando embargados.

¹ Base científica sustentável pressupõe que o Direito seja objecto de conhecimento. Tal implica que o direito deva assentar num pensamento formalmente correcto, sendo essa um dos momentos indisponíveis desse “conhecimento”.

² As presunções podem ser legais ou judiciais (art.os 350 e 351º do C. Civil), sendo que em ambos os géneros são “ilações” retiradas a partir de um facto conhecido. A presunção de legalidade dos actos administrativos não tinha na sua base um facto, mas sim um acto administrativo e permitia concluir que esse acto era, em princípio válido. Funcionava como presunção *júris tantum* apenas quanto aos pressupostos de facto do acto, que, por via da aludida presunção de legalidade, se presumiam verdadeiros.

Invocar a presunção de legalidade pelo poder de definir uma situação jurídica concreta, também não tem sentido pois as sentenças judiciais também fazem isso e não se presumem válidas, quando objecto de recurso. Era no entanto, no paralelismo com as decisões judiciais que entroncava uma outra linha, sublinhando o facto do acto administrativo anulável não impugnado poder produzir efeitos jurídicos. Ora, o paralelismo não é legítimo, o caso julgado tem uma força incomparavelmente maior que a do caso decidido. Basta pensar no art. 38º do CPTA, permitindo o conhecimento da ilicitude de actos consolidados, para concluirmos que o “caso decidido” ou a inimpugnabilidade dos actos administrativos feridos de anulabilidade não os torna válidos.

A invocação da presunção de legalidade para justificar a razão de não se discutir na suspensão de eficácia o “*fumus boni juris*” também não fazia sentido. Para que a suspensão fosse decretada era necessário que a imediata execução do acto provocasse prejuízos irreparáveis, sendo certo que – se o acto se presumisse válido – os danos que causasse não eram ressarcíveis, pois o acto era lícito (art. 6º do Dec. Lei 48.051). Ter em conta prejuízos decorrentes da imediata execução do acto era admitir a possibilidade do acto não ser válido.

A presunção de legalidade dos actos administrativos era, por outro lado, factor de perturbação dogmática (como todos os mitos, de resto) na concepção de uma relação jurídica processual. A existência de um acto administrativo não transformava as relações processuais todas numa relação idêntica - um acto punitivo é muito diferente de um acto que denega uma pretensão a um subsídio, ou um acto que aprecia em conjunto várias candidaturas a um determinado cargo. A presunção de legalidade contribuía, assim, para mascarar ou “empacotar” a complexidade da pretensão material do interessado quando impugnava um acto, para meter tudo na mesma embalagem e unificar a causa de pedir e o pedido sob a denominação de uma “*pretensão anulatória*”³, cujos pressupostos de facto deveriam ser provados pelo autor.

Sem uma fundamentação racional (e técnica) válida, geradora de perturbações dogmáticas na construção da relação jurídica processual – como melhor veremos - a presunção de legalidade dos actos administrativos não servia para

³ A posição de RUI MACHETE, em “Algumas notas sobre a chamada presunção de legalidade dos actos administrativos” in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martinez, Vol I, Coimbra, 2000, pág. 717 e seguintes é um exemplo claro desta perturbação, pois apesar de refutar a alegada presunção de validade acaba por se referir a uma “pretensão anulatória” (pág. 727), cujos pressupostos de facto devem ser provados pelo interessado, que vem a dar exactamente ao mesmo. A aplicação das regras gerais do ónus da prova, como oportunamente veremos, não deve ser feita perante a relação processual onde se exerce uma “pretensão”, mas perante a relação material (substantiva) que o interessado pretende ver constituída, ou pretende defender de uma ameaça ou agressão da Administração. Nestes últimos casos (Administração agressiva, por exemplo), onde o direito subjectivo do particular é afectado, a pretensão anulatória não implica o dever de provar a existência empírica dos factos onde a Administração fundamenta a sua acção agressiva.

nada, a não ser para criar a alucinação de que o Poder Administrativo se legitimava a si próprio.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

O Supremo Tribunal Administrativo, colocado perante a dificuldade de encontrar soluções racionais para os problemas concretos que a presunção de validade dos actos administrativos (por vezes)⁴ implicava, apercebeu-se cedo (ainda que não maioritariamente) da inconsistência do “mito”. Começou, assim, por abandonar a presunção de legalidade dos actos administrativos, (i) no domínio da prova dos elementos constitutivos das infracções, (ii) nos casos em que a Administração agredia direitos constituídos e (iii) no que respeita às excepções invocadas pela entidade recorrida no recurso contencioso.

No acórdão de 3-12-2002, proferido no 047574⁵, a questão foi exaustivamente abordada, e a presunção de legalidade dos actos administrativos conscientemente abandonada e refutada, numa perspectiva mais geral, procurando uma solução do problema com recurso à aplicação das regras gerais sobre a repartição do ónus da prova. Reproduzirei de seguida toda a argumentação do acórdão, para, de seguida, poder evidenciar as regras básicas acerca da repartição do ónus da prova, nele acolhidas, e reflectir sobre a sua justificação jurídica.

O texto do acórdão, na parte que interessa, é o seguinte⁶:

“(…)

b) *relevo jurídico da dúvida - convicção negativa - sobre a veracidade do facto em que assentou a decisão.*

A recorrente argumenta que o M. mo Juiz não concluiu que o facto dado como assente no processo instrutor (residência há mais de 5 anos no concelho de Matosinhos) era falso. O que concluiu foi que havia dúvidas quanto à veracidade dos factos atestados. Este estado de incerteza sobre a veracidade de um facto atestado, corresponde à mera contraprova – isto é tanto pode ser verdadeiro como falso - e, segundo a recorrente, tal facto só poderia ser destruído pela prova do contrário. Por isso, em seu entender, a sentença terá violado o disposto no art. 370º, 1 e 2 do C. Civil.

A crítica feita à sentença, com a invocação dos artigos sobre a força probatória dos documentos autênticos, não tem razão de ser. Como se viu acima, nem o documento era autêntico, nem revestia qualquer especial força probatória. Pelo contrário, a sua força probatória era “apreciada livremente pelo Tribunal” – art. 366º do C. Civil - não estando,

⁴ Digo por vezes, pois a presunção de legalidade era muitas vezes invocada, sem qualquer necessidade, e portanto sem ser ela a causa eficiente da repartição do ónus na prova, como era o caso – e a grande maioria – dos actos de indeferimento de pretensões materiais do particular à constituição de direitos.

⁵ O acórdão foi por mim relatado, mas insere-se numa linha doutrinal e jurisprudencial que vinha ganhando terreno. A razão deste estudo radica precisamente no meu interesse pelo tema e porque o acórdão, embora seguindo argumentos já construídos deu um tratamento à questão permitindo uma referência última à ideia de justiça. É sobre esse o aspecto que neste estudo me interessa reflectir.

⁶ O acórdão encontra-se disponível na base de dados da DGSI em www.dgsi.pt e foi publicado nos Acórdãos Doutriniais, Ano XLII, 495º, pág. 385 e seguintes.

por isso, a outra parte onerada com o ónus de prova do contrário. Deste modo, e perante as regras invocadas pela recorrente, o estado de dúvida, ou convicção negativa, em que a sentença se baseou para anular o acto recorrido não merece censura.

Todavia, a questão não é se esgota aqui.

Será que o estado de dúvida a que a sentença chegou - isto é, não saber se o facto atestado é verdadeiro ou falso – permite anular um acto administrativo por erro de facto sobre os pressupostos?

Bastará criar a dúvida sobre a veracidade, ou falsidade de um pressuposto de facto, para se justificar a anulação por erro ?

A solução a que chegou a sentença ao anular o acto recorrido por erro nos pressupostos de facto, por não se ter provado que o mesmo fosse verdadeiro acaba por fazer depender a "...anulação, não só do acto do qual se prove que é ilegal, mas também do acto do qual não se prove que é legal...", o que para o Prof. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, (Erro e Ilegalidade do Acto Administrativo, pág. 353), seria absolutamente errónea, por afronta da presunção de legalidade do acto administrativo.

"A presunção de legalidade – diz o mesmo autor ob. cit. pág. 354 – e o princípio, de certo modo corolário daquele, segundo o qual o recorrente deve fazer prova do erro de facto que imputa à Administração", levariam a que, na dúvida se não anulasse o acto.

Todavia, pensamos que, no actual Direito Administrativo, as coisas são diferentes. A invocação da presunção de legalidade dos actos administrativos, nos termos em que o autor citado o faz, ocorre num regime jurídico onde só é admissível o recurso a elementos de prova constantes do processo instrutor – cfr. ob. cit. pág. 348/349 -, e onde não eram concebidos direitos subjectivos de natureza pública dos particulares perante a Administração - a Administração é vista como detentora de um poder administrativo e neste fundamenta o exercício da sua actividade, tendo o administrado, quando lesado, meras garantias de defesa da legalidade objectiva. Por isso, se do processo instrutor resultassem dúvidas sobre a veracidade de um pressuposto de facto, parecia evidente a manutenção do acto, em obediência à presunção de legalidade do acto administrativo, uma vez que tal acto emanava do exercício de um poder legítimo. Presunção de legalidade dos actos administrativos, privilégio de execução prévia, garantia administrativa, e irresponsabilidade civil do Estado por actos da Administração ("The King Can,t do no Wrong"), eram pilares onde assentava a actividade administrativa.

No regime jurídico actual, o recurso contencioso permite (em geral) prova sobre os pressupostos de facto (embora com restrições quanto aos meios (art. 12º da LPTA), para além da prova constante do processo instrutor e existem regras impondo o ónus da prova aos interessados que se arrogam de direitos subjectivos (cfr. art.s 88º e seguintes do CPA). O erro de facto nos pressupostos vai depender, então, da prova feita não só no procedimento, mas também no processo judicial (recurso contencioso), apreciada, nos termos gerais, segundo as regras de repartição do ónus da prova. A Administração Pública "(...) pelo menos em termos de justiça administrativa (deixa de ser) uma "potentia persona" passando a estar colocada em situação de paridade com o particular (...) " – Dr. RUI MACHTE, Algumas Notas sobre a Chamada Presunção de Legalidade dos Actos Admiistrativos", citado no Acórdão deste Tribunal de 26-1-2000, rec. 37739 –. Por isso, os seus actos administrativos, totalmente sujeitos ao princípio da legalidade, quando e enquanto submetidos à apreciação dos tribunais, não gozam de qualquer especial presunção de legalidade e muito menos de veracidade, da mesma forma que não existe "garantia administrativa", que a execução prévia é jurisdicionalmente controlável através do pedido de

suspensão de eficácia e está plenamente consagrada a responsabilidade civil do Estado no exercício da “actividade administrativa”.

Por isso mesmo, nos dias de hoje, a presunção de legalidade não goza de aceitação generalizada na nossa doutrina. Não a aceita o Dr. RUI MACHETE, in “Algumas notas sobre a chamada presunção de legalidade dos actos administrativos”, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez. Não a aceita o Prof. MÁRIO AROSO, in “Novas Perspectivas para o contencioso administrativo, pág. 551 e 555. Não a aceita o Prof. VIEIRA DE ANDRADE, Justiça Administrativa, Lições, 2ª ed. Pág. 268/271. Não a aceita também o Ex.mo Conselheiro SANTOS BOTELHO in “Implicações da Cumulação de Pedidos na Instrução do Processo”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 34, pág. 40 e seguintes.

Existe, é certo, uma corrente jurisprudencial deste Supremo Tribunal, largamente maioritária, que invoca a presunção de legalidade dos actos administrativos relativamente aos pressupostos de facto em que radica o acto. Com base em tal presunção de legalidade, impõe-se ao recorrente do recurso contencioso o ónus da prova do erro sobre os pressupostos de facto - cfr. entre outros os Ac.s de 6-12-72, AD, 146, pág. 201; 6-3-80, AD, 224/225, pág. 996; 24-2-81, AD, 236, pág. 1033, 13-10-83, AD 265, pág. 1033, 31-1-91, AD 364, pág. 425). Mas, até este entendimento, ultimamente, tem sido abandonado, como se pode ver nos Ac.s de 5-5-1995, rec. 44837, de 24-11-1999, rec. 32434 e de 24-1-2002, rec. 48154, 26-1-2000, rec. 37739.

Se atentarmos, porém, na grande maioria dos casos em que a jurisprudência apela à presunção de legalidade dos actos administrativos, chegamos à conclusão que a invocação da presunção de legalidade, tem exactamente a mesma consequência que a aplicação das regras gerais do ónus da prova. Tal acontece sempre que o acto, objecto do recurso contencioso, seja de indeferimento de um pretensão. É que, cabendo ao interessado a prova dos factos em que baseia a sua pretensão (art. 88º, 1 do CPA) a dúvida deve ser resolvida contra ele, e, portanto, tem que provar o erro. O mesmo acontece na verificação do requisito da suspensão de eficácia previsto no art. 76º, 1, al. b) da LPTA. Neste caso, o ónus de provar que a imediata execução do acto não causa lesão do interesse público, cabe ao interessado, e, por isso, a incerteza quanto aos factos em que se evidencia tal lesão, resolve-se pelo indeferimento do pedido de suspensão de eficácia. E, bem vistas as coisas, são estes casos aqueles em que a jurisprudência frequentemente invoca a presunção de legalidade. Casos, portanto, em que aceitamos sem qualquer reserva a solução do caso concreto encontrada por esta corrente jurisprudencial, embora nos pareça também desnecessária a invocação da aludida presunção de legalidade. Onde, porém, a invocação da presunção de legalidade leva a resultados, para nós, inaceitáveis é quando exista lei aplicável de sentido contrário. É assim, designadamente, no direito sancionatório, e é igualmente assim no de deferimento de pretensões de particulares (direitos subjectivos públicos ou outras situações de vantagem).

Parece-nos, com efeito, inaceitável defender que a presunção de legalidade imponha ao interessado o ónus da prova do erro, nos processos sancionatórios, onde vigora uma regra inversa – presunção de inocência – cfr. art. 32º, 2 da C. R. P. Note-se que a jurisprudência mais antiga deste Supremo Tribunal foi sensível a estas situações, quando anulou um acto porque o processo instrutor não demonstrava suficientemente a existência dos pressupostos afirmando que “eram necessários estes elementos, que não constavam, como já se disse, do auto de ocorrência, para este Supremo Tribunal decidir da legalidade da aplicação da multa” – Acórdão de 10 de Janeiro de 1958, citado e, a nosso ver, injustamente criticado pelo Prof. André Gonçalves Pereira, na obra citada a pág. 352/353.

Presentemente a jurisprudência deste Tribunal é clara no sentido de considerar que, no procedimento disciplinar, vigora o princípio de presunção de inocência dos arguidos e que cabe à Administração (titular do direito de punir) o ónus da prova dos factos em que se traduz o ilícito disciplinar – cfr. Ac. de de 17-5-2001, rec. 40528; de 16-10-97, rec. 31496; de 14-3-96, rec. 28264; de 4-3-99 rec. 39061; 16-6-98, rec. 39946; e de 18-2-97, rec. 33791.

Igualmente no caso de deferimento de pretensões de particulares, a invocação da presunção de legalidade ao fazer com que o acto, cujos pressupostos de facto sejam postos em causa e não provados no processo, se deva manter, viola claramente o disposto no art.s 88º e seg.s do C. P. A. e demais regras gerais do ónus da prova previstas nos art.os 342º e seguintes do C. Civil, regras estas que impõem ao interessado a prova dos factos que lhe aproveitam – provocando uma verdadeira inversão desse ónus.

Nestes casos, o que deve ser provado no recurso contencioso não são os pressupostos do direito à anulação (este direito não existe – a anulação não é um direito subjectivo, mas sim o meio processual de exercer um direito subjectivo ou um interesse legítimo, que configura apenas um direito de acção, um direito potestativo, que se esgota e inelutavelmente se realiza com a constituição da relação jurídica processual), mas sim os pressupostos de facto dos direitos subjectivos que tenham sido reconhecidos pelo acto.

Por isso, o reconhecimento pelo acto administrativo de um direito subjectivo, ou de um interesse legítimo, deve ser feito de acordo com as regras do ónus da prova, e, na dúvida ou na incerteza, quanto à verificação de tais pressupostos o reconhecimento do direito é ilegal. Com efeito, se o acto administrativo, apesar da incerteza quanto aos seus pressupostos de facto, reconhece a existência de um direito subjectivo, então esse acto viola as regras de apreciação e repartição do respectivo ónus da prova, aplicáveis ao caso, e que impunham que o “non liquet” se resolvesse contra o interessado a quem os factos aproveitavam (art. 88, 1º do CPA).

Vigorando, entre nós, o princípio da legalidade, a actividade administrativa para ser válida deve ser exercida “no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos” – cfr. art. 266, 1 da CRP - , o que implica, como é evidente, o respeito pelas regras legais de repartição do ónus da prova. Nem poderia ser doutro modo, sob pena de termos uma presunção de legalidade a afastar a aplicação de normais legais, o que seria manifesta contraditório (uma presunção de legalidade ilegal).

Por outro lado, o entendimento que apela às regras gerais do ónus da prova, tem tido acolhimento generalizado neste Tribunal, como pode ver-se nos seguintes casos: - Ac. de 28-5-91, rec. 20137 (impede sobre a Administração o ónus da prova da intempetividade do recurso); Ac. de 15-11-97, rec. 11117 (o ónus da aprova da extemporaneidade recai sobre a autoridade recorrida); Ac. de 17-12-99, rec. 38331 (incumbe a quem invoca a extemporaneidade de interposição do recurso hierárquico o ónus da prova dos factos correspondentes); Ac. de 14-2-2001, rec. 37716 (impede sobre a autoridade recorrida o ónus da prova da notificação do acto contenciosamente impugnado); Ac. de 16-5-96, rec. 30546 (o ónus da prova dos factos integradores da extemporaneidade do recurso contencioso incumbe a quem alega a excepção); Ac. de 17-11-98, rec. 41991 (face ao preceituado nos art. 13º, 2 e 15º,1 da Lei 70/93 e tendo em conta o princípio geral quanto à repartição do ónus da prova – cfr. art. 342º, 1 do C. Civil – cumpria ao recorrente demonstrar que a Administração não levou a efeito as diligências necessárias, que podia e devia ter realizado com vista a ser alcançada diferente conclusão); Ac. de 28-3-2001, rec. 28999 (face à regra básica do ónus da prova contida no n.º 1 do art. 342º do C. Civil, a dúvida sobre a correspondência à realidade dos factos afirmados pelo recorrente, tem de ser valorada processualmente contra ele e não a seu favor...) e, finalmente, Ac. de 24-11-99, rec.

32434 (No recurso contencioso, deve entender-se que em regra cabe à Administração o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais (vinculativos) da sua actuação, designadamente se agressiva (positiva e desfavorável); em contrapartida, caberá ao administrado apresentar prova bastante da ilegitimidade do acto, quando se mostrem verificados esses pressupostos).

Pensamos assim que, no âmbito do recurso contencioso vigoram as regras gerais de repartição do ónus da prova.

Mas, ainda não é tudo. Poderíamos ser levados a pensar que, no contencioso administrativo, se exige ao “recorrente a prova dos factos constitutivos da sua pretensão de anulação” – isto mesmo sem apelo à presunção de legalidade do acto administrativo. Este é, de resto, um entendimento geralmente aceite na doutrina (cfr. Prof. MARCELO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, II, 1986, 1331 e Prof. SÉRVULO CORREIA, Noções de Direito Administrativo, Lisboa, 1982, pág. 486).

Será assim (ou será necessariamente assim) ?

A resposta afirmativa a esta questão foi refutada, e a nosso ver muito bem, no Acórdão deste Supremo Tribunal de 26-1-2000, de que foi relator o Ex.mo Cons. MÁRIO TORRES, in Cadernos de Justiça Administrativo, 20, pág. 38 e seguintes.

“Assim – diz-se no Acórdão – não pode exigir-se ao recorrente a prova dos factos constitutivos da sua pretensão de anulação (desde logo e, por exemplo, a prova da não verificação dos pressupostos legais da prática do acto) de modo a caber à Administração apenas provar as excepções invocadas – tal equivalência equivaleria na prática à pura e simples invocação da presunção de legalidade do acto administrativo, fazendo recair sobre o particular o ónus da prova (subjectivo) da ilegalidade do acto impugnado. Deve pelo contrário, levar-se em conta, para a construção do quadro de normalidade que há-de servir de paradigma normativo para a distribuição das responsabilidades probatórias da Administração aos princípios da legalidade e da juridicidade e, pelo menos, no que respeita aos actos desfavoráveis o dever de fundamentação.” – ob. cit. pág. 44.

A tese deste Acórdão foi acolhida pelo Prof. AROSO DE ALMEIDA, que em anotação ao mesmo, refutou os dois argumentos tradicionais onde assenta a ideia de que cabe ao recorrente provar os factos de onde emerge a anulação: presunção de legalidade do acto administrativo; posição das partes na relação jurídica processual (recorrente, logo, prova dos factos geradores da invalidade). Quanto a este último aspecto diz o autor:

“Também este argumento se afigura inaceitável.

(...)

A nosso ver, urge, porém, reconhecer a instrumentalidade e, portanto, a falta de autonomia da pretensão anulatória em relação à posição substantiva em defesa da qual é accionada no recurso. Ora, a partir deste ponto de vista, importa ter presentes as distâncias que separam o paradigma da impugnação dos negócios jurídicos privados, da impugnação administrativa – e que desde logo se concretiza na circunstância de que, no recurso contencioso de anulação, e ao contrário do que é normal naquele outro domínio, o recorrente não se limita a deduzir excepções, mas antes se vê, muitas vezes forçado a contestar os próprios elementos constitutivos da pretensão administrativa consubstanciada no acto.

(...)

As regras de distribuição das consequências da falta de prova não devem ser, por isso, estabelecidas em função da posição formal que as partes ocupam no quadro da relação processual, por referência ao direito da recorrente `anulação do acto impugnado, mas

atendendo às posições que correspondem às partes na relação material que se encontra subjacente ao recurso.

(...)

Como devem, então funcionar as regras de distribuição do ónus material da prova no recurso ? A nosso ver, por adaptação das regras que se deve entender que vigoram no domínio das acções de simples apreciação negativa.

(...)

Assim – conclui o autor – se o recorrente alegar o não preenchimento dos pressupostos do acto, deve recair sobre a Administração o risco da falta de prova da respectiva verificação” – ob. cit. pág. 48 e seguintes.

Pensamos que esta é efectivamente a melhor solução, por nos parecer a única coerente de um ponto de vista lógico, a que melhor se adequa ao sistema geral da repartição do ónus da prova e a que melhor satisfaz o prosseguimento do interesse público concretamente prosseguido.

É a única solução coerente uma vez que, adoptando esta tese, a solução dos casos concretos idênticos é tratada de igualmente - quer a Administração perante o “non liquet” tenha decidido contra ou a favor do interessado. Na tese contrária, se a Administração decidir contra o interessado a “dúvida” não afecta a validade do acto (cfr. Ac. deste STA de 7-11-2002, rec. 201/02 – onde perante um caso idêntico, mas em que a dúvida sobre a residência do interessado foi decidida contra ele pela Administração, e a validade do acto mantida pelo Tribunal precisamente invocando o art. 88º do CPA: “sendo do recorrente o ónus da prova dessa residência e da sua duração pare efeitos de recurso, os documentos apresentados deixam subsistir uma situação de incerteza sobre se o recorrente reside em Matosinhos e há quanto tempo”); mas se decidir favoravelmente, a mesma dúvida, também não afecta a validade do acto. A mesma situação de facto leva, assim, na tese contrária à que defendemos, a que perante os mesma situação quanto à prova dos factos um acto seja sempre válido, quer quando reconheça, quer quando não reconheça a mesma situação de facto, perante os mesmos elementos de prova (o que é manifestamente contraditório – pois vamos ter dois actos válidos perante idêntica situação de facto, sendo um acto de indeferimento e outro de indeferimento). A tese ora sufragada, fazendo impender ónus da prova perante o interessado a quem o facto aproveita, leva a que, em casos como o acima referido, o acto de indeferimento se deva manter, e o acto de deferimento se deva anular – mantendo assim a aplicação da mesma regra a casos iguais.

É a solução que melhor se adequa ao sistema geral da repartição do ónus da prova, uma vez que tal questão se decide sempre em função das posições das partes perante a relação jurídica material e não apenas pela posição das partes na relação jurídica processual. Uma vez estabelecido o ónus probatório, só a lei, ou convenção das partes (quando admitida) o disser é que as regras normais do ónus da prova são invertidas – é o caso das presunções legais, dispensa ou liberação da prova (cfr. art.ºs 488º, n.º 2, 799º, 952º, do C.Civil) ou da parte onerada ter tornado a prova impossível (art. 344º do C.Civil) – cfr. Prof. CASTRO MENDES, Direito Processual Civil, III, pág. 194.

Por isso estando fixado o ónus da prova a cargo de um interessado, face ao disposto no art. 88º do C. P. A., tal ónus deve permanecer e, portanto, a fazer recair sobre esse interessado (e não para os contra interessados) o non liquet, a não ser que por força da lei se dê a respectiva inversão. Este princípio de permanência da eficácia do ónus da prova também vigora plenamente no processo civil: não tem sentido pensar que as regras

do ónus da prova se invertam a partir do momento em que a sentença reconhece o direito do autor. Apesar do recorrente jurisdicional ter a pretensão de anular ou revogar a sentença, essa sua pretensão não se projecta sobre o ónus da prova relativamente os fundamentos de facto da relação jurídica material objecto do litígio. Do mesmo modo, não faz sentido que um interessado tenha um ónus de prova no processo administrativo, e que, após a decisão final deste processo, se inverta esse ónus. Para que tal ocorresse seria necessário uma regra jurídica que tal estatuisse (lei), e tal lei não existe.

Finalmente é a solução que melhor satisfaz o interesse público subjacente ao acto, na medida em que o acto administrativo prossegue o interesse público, através do tratamento igual de todos os candidatos, apreciando os seus requisitos e condições de acesso de acordo com todas as regras legais vigentes (maxime as do ónus da prova). Não há qualquer razão para que um candidato que apresenta um documento considerado não idóneo pelo Tribunal, veja a sua posição de vantagem manter-se, apesar de ser feita a contra-prova do respectivo facto. Note-se, levando a questão ao absurdo que, com a tese contrária à que defendemos, um candidato que falsificasse um documento de prova de um requisito essencial, ficaria igualmente com a sua situação protegida, se apesar de demonstrada a falsidade do documento, se mantivesse o estado de incerteza quanto ao facto “falsamente documentado”. Não é seguramente do interesse público a protecção deste tipo de actividade.

No caso dos autos o ónus da prova deve, portanto, ser apreciado em função da pretensão que a ora recorrente (recorrida particular no recurso contencioso) pretendia fazer valer no processo administrativo do concurso para atribuição de um alvará de instalação de farmácia. Tal pretensão consistia na obtenção de uma pontuação por cada ano de residência no concelho de Matosinhos, até um máximo de 5. É esta a relação jurídica material, que fundamenta, a pretensão anulatória do acto que a reconheceu. E é, portanto, sobre aquela pretensão (da ora recorrente) que importa saber a quem incumbe o ónus da prova e quem sofre as consequências do “non liquet”. Nos termos do art. 88º, n.º 1, do C.P.A e 342º, 1 do C. Civil cabe aos interessados “provar os factos que tenham alegado”, o que, não prejudicando o poder de instrução da Administração e o atendimento de factos não alegados (princípio do inquisitório e da aquisição processual), configura a atribuição de um ónus de prova de factos, recaindo sobre o interessado a quem aproveitam. O interessado a quem aproveita a prova da residência por mais de 5 anos é a ora recorrente. Logo, o “non liquet” deve ser resolvido contra ela. Com efeito, a existência de um ónus da prova a cargo do interessado, relativamente aos factos que lhe aproveitam, faz com que a incerteza, no procedimento administrativo, se resolva contra esse interessado. O acto administrativo de deferimento só existe porque a Administração acolheu a verificação dos pressupostos que o interessado tinha o ónus de provar e não provou. É portanto natural que, no recurso contencioso fique onerada com o ónus que recaía sobre o interessado a quem aproveita a prova de tais factos.

E, deste modo, improcede a crítica que a sentença poderia sofrer por ter partido de estado de incerteza (não prova do erro) e daí ter inferido um estado de certeza jurídica – existência de erro de facto –. Esta inferência tem total apoio nas regras do ónus da prova. É o que decorre textualmente do art. 346º do C. Civil “...à prova que for produzida pela parte sobre quem recai o ónus probatório pode a parte contrária opor contra-prova, a respeito dos mesmos factos, destinada a torná-los duvidosos; se o conseguir a questão é decidida contra a parte onerada com a prova”.

Por isso andou bem a sentença quando, partindo da existência de um estado de dúvida sobre a realidade do facto acolhido como pressuposto do acto anulado (mera con-

traprova), decidiu a questão contra o interessado a quem a prova do facto aproveitava, concluindo desse modo pela existência de erro sobre os pressupostos de facto – não sendo certo que a recorrente residisse há mais de cinco anos no concelho de Matosinhos, então, a acto administrativo que deu tal pressuposto como certo, deve ter-se por errado. (...)”

3. AS PROPOSIÇÕES BÁSICAS DA TESE DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

O acórdão, na parte transcrita, seguiu em grande parte as teses sobre a repartição do ónus da prova, que negam (i) não só a existência de uma presunção de legalidade dos actos administrativos, (ii) mas que negam ainda e sobretudo a existência de “uma pretensão anulatória” como sendo o título jurídico (totalitário) cujos pressupostos de facto o autor tem que provar. Contudo, podemos encontrar no acórdão algo mais. Uma análise atenta mostra que foram ali acolhidas essencialmente quatro teses, sobre a repartição do ónus da prova, e ainda uma tentativa de justificação do caminho prosseguido, com o recurso à noção de interesse público e de igualdade (nos três últimos argumentos da parte final do acórdão).

No essencial são ali acolhidas quatro proposições jurídicas, as quais sustentam a base e estrutura da argumentação do acórdão.

1ª Proposição: *aplicam-se no Direito Público as regras gerais do ónus da prova prevista no Código Civil;*

2ª Proposição: *em caso de dúvida, o ónus da prova incumbirá à parte a quem a prova do facto aproveita;*

3ª Proposição: *o ónus da prova não depende da posição das partes na relação processual, mas sim da sua posição na relação jurídica (material) que concretamente invocam em Tribunal;*

4ª Proposição: *uma vez fixado o ónus da prova, logo no procedimento administrativo se este existir, tal ónus mantém-se inalterado ao longo de todo o processo, salvo indicação em contrário da lei.*

Vou procurar, neste estudo, uma justificação racional destas teses, tentando mostrar que, na sua legitimação, para além da necessidade da decisão, perante a obrigatoriedade do juiz ter que decidir a causa (justificação tradicional e neutra do ónus da prova) se encontra uma concepção da Justiça, encarada esta como *igualdade, na devida proporção.*

É esta ideia de Direito, como referindo-se à justiça e esta como referindo-se à igualdade, que de seguida abordarei.

3.1. A IGUALDADE COMO PARÂMETRO ESSENCIAL DA IDEIA DE JUSTIÇA

Partilho uma ideia muito antiga, e de simples enunciação, que vê a *Justiça como Igualdade*. Aplicarei esta ideia simples a concepções mais complexas, como a própria concepção do Direito, pois a aceitação ou adesão a uma ideia de Justiça como Igualdade, implica uma concepção do Direito, onde este tenha, como atributo *essencial*, uma referência à Justiça, que por seu turno deve ser vista como igualdade.

É certo que poderíamos ser tentados a negar ao Direito qualquer referência à Justiça, e portanto cingi-lo aquilo que os órgãos legítimos dizem ser Direito (Direito positivo em sentido estrito). E, nesta concepção, a justiça como igualdade seria uma equivalência insignificante, mesmo trivial. Um positivismo puro à moda de Kelsen afasta do Direito a sua mais elementar finalidade, que é a realização da Justiça. A teoria pura do direito continuará (além do mais) a chamar Direito a um sistema de normas que legitimamente permita ou ordene o extermínio de metade da população de um país, ou de um país vizinho, ou que legalize a escravatura. Para negarmos a uma legislação deste tipo e desta natureza a qualidade de “Direito”, é necessário abandonar a teoria pura e, encontrar para o Direito uma legitimação exterior à legitimação da produção da norma.⁷

A meu ver essa marca ou atributo da *juridicidade* radica na referência que o Direito deve ter à Justiça. Só há Direito quando a regulação das relações humanas são feitas com justiça. É nesta concepção que faço equivaler a justiça à igualdade⁸.

Não se trata de uma descoberta. Trata-se, sim, de retomar uma concepção antiga, cara ao pensamento Aristotélico, bem acolhida no racionalismo de Kant, na base das concepções contratualistas e que ganha um novo esplendor (embora sobe a denominação de justiça como equidade) na “Teoria da Justiça” de John Rawls. Relativamente a esta linha de entendimento⁹ – cujos traços mais salientes

⁷ A questão de saber se o Direito tem “essência” (que seria o direito correcto), ou se a justiça é apenas um “nome” é um afloramento da célebre questão dos universais, muito em voga na Idade Média. A noção de direito natural = direito correcto pode, todavia, ser ensaiada fora dessa querela, se considerar-nos que o objecto do justo é a igualdade (enquanto proporção) à moda de Aristóteles.

⁸ Não nego a possibilidade de outras concepções do Direito e da Justiça. Numa sociedade plural, como é a nossa actualmente, em que não há certificados de verdade, devem ser aceites todas as concepções teóricas enquanto mantiverem coerência.

⁹ Esta afirmação supõe que existam outras linhas e outras concepções, como é óbvio. Destaco as duas outras visões antagónicas de que esta minha visão pode ser vista como a síntese: de um lado a crença na possibilidade de racionalmente deduzir regras materiais de direito correcto (critérios materiais de decisão universais); do outro o criticismo e relativismo puros, remontando a Protágoras – o homem é a medida de todas as coisas (inexistência de quaisquer critérios racionais para a delimitação de um Direito correcto/racional). A justiça como igualdade em Aristóteles é uma posição síntese que, a seu modo, supera o puro relativismo, sem impor o conteúdo, através de uma justiça formal, ou como hoje se diz, justiça processual (critérios de discussão).

marcam o meu modo de entender (conhecer) a Justiça – vejamos, alguns exemplos, retirados de um pensamento mais geral (filosofia) sobre o Direito.

(i) Uma questão em S. Tomás de Aquino.¹⁰

Desde há alguns anos que estou convencido que a igualdade é “o meio objectivo” da Justiça, sobre o qual se interrogava S. Tomás de Aquino, quando perguntava se o meio da justiça é objectivo.

No art. 10º do Tratado da Justiça (tradução portuguesa da Colecção Rés Jurídica, pág. 34 e 35), o autor coloca a questão de saber “se o meio em que se faz a justiça é objectivo”. Entende o autor, citando Aristóteles na *Ética*, Livro 2, cap. 6 e 7 “que o meio da justiça é, segundo uma proporção aritmética, o que indica um meio objectivo”. Expli-cará ainda, voltando a Aristóteles, mas agora citando a *Metafísica*, livro 10, tex. 19, que o “meio da justiça consiste numa certa proporção de igualdade de uma coisa exterior com um pessoa exterior. E a equidade é o meio entre o mais e o menos, como diz a *Metafísica*. Portanto, o meio da justiça é objectivo”.

A questão pressupõe uma concepção ética, segundo a qual no meio está a virtude. Nem de mais, nem de menos. Esse meio é objectivo, ou depende de cada cabeça (cada cabeça sua sentença). A dificuldade que o autor enfrentou foi a de saber se o meio da justiça “é de razão” ou “objectivo”.

Eu responderia à questão dizendo que o meio da justiça é a igualdade, e que esta pressupõe tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente, na medida da diferença. Creio que S. Tomás também pensa assim, quando diz que a “justiça consiste numa certa proporção de igualdade”. Mas, uma certa proporção de igualdade de uma coisa exterior com uma pessoa exterior, e daí tratar-se de algo que existe fora da razão. Vejamos a res-posta do autor: “Respondo: Como dissemos acima, as outras virtudes morais referem-se as paixões; e a rectificação das mesmas só se pode dar tornado como ponto de compara-ção o mesmo homem que sofra tis paixões; ou seja, toma-se em conta se os seus desejos, ou a sua ira, são correctos atendendo às diversas circunstâncias. Portanto, nas ditas virtu-des o meio não se torna da proporção de uma coisa com a outra, mas unicamente por comparação com o mesmo indivíduo virtuoso. Por isso mesmo, nessas virtudes o meio é apenas de razão e relativamente a nós mesmos” (pág. 35). O autor já mostrara no art. 2º que a “justiça se refere sempre a outrem”, destacando um atributo da justiça que ainda hoje lhe é reconhecido face à moral: a exterioridade e alteridade. A justiça refere-se aos actos na sua relação com os outros, quer entre si, quer relativamente ao meio ambiente e ao futuro. “A essência da justiça radica em que sociedade dos homens e a vida comunitá-ria aos outros. Logo, justiça é só aquilo que tem relação com os outros (fls. 19)”.

Quando o autor, nos artigos seguintes, retoma e defende a noção de justiça de Aristóteles “o acto de justiça consiste em dar a cada um o que lhe pertence”, explicita que há que dar a cada pessoa o que lhe pertence, segundo o que se lhe deve numa proporção de equidade. Se não tivermos um critério para sabermos o que se deve a cada um, tam-bém não podemos saber o que lhe é devido. E, desse modo, a noção de justiça “dar a cada um o que é seu” é perverso. O que queremos saber é precisamente aquilo que é de cada um. Aquilo que é devido a cada um. A solução radica, creio, na noção de igualdade.

¹⁰ Pretendo apenas ilustrar com alguns exemplos a importância que esta linha que prossigo teve no passado e nos tempos mais próximos.

(ii) Dar a cada um o que é seu, como princípio que pressupõe a “igualdade”, em Aristóteles.

Creio não andar longe da verdade ao afirmar que também Aristóteles tinha da igualdade uma noção semelhante àquela que estou a tentar ilustrar como sendo o “meio” da justiça. No capítulo III, da *Ética a Nicómaco*, 1131 a 10 e seguintes, Aristóteles diz-nos o seguinte (pág. 112/113):

“Em toda e qualquer espécie de acção há um mais e um menos; há também um igual. Ora se a injustiça é iniquidade, então a justiça é igualdade, coisa que é aceite por todos sem ser necessária demonstração. Ora se a igualdade é um meio, a justiça será também um meio... (...) É necessário, pois, que a justiça implique pelo menos quatro termos, a saber, duas pessoas, no mínimo, para quem é justo que algo aconteça e duas coisas enquanto partes partilhadas. E haverá uma e a mesma igualdade entre as pessoas e as partes nelas implicadas, pois a relação que se estabelece entre as pessoas é proporcional à relação que se estabelece entre as duas coisas partilhadas. Porque se as pessoas não forem iguais não terão partes iguais, e é daqui que resultam muitos conflitos e queixas, como quando pessoas iguais têm e partilham partes desiguais ou pessoas desiguais têm e partilham partes iguais”.

Para este texto basta esta citação de Aristóteles, que mostra como é que se chega àquilo que é devido a cada um. É tratando igual o que é igual, e desigual o que é desigual, na devida proporção. Ou como disse acima, na medida da diferença.

iii) A igualdade na base do contrato social em T. Hobbes

AS três primeiras teses do Cap. IV dos *Elementos de Direito Natural* (Edição REs Jurídica, pág. 121 e seguintes) de T. Hobbes são as seguintes: 1 – é uma lei natural, que todo o homem reconheça os outros como seus iguais; 2 outra que se concedam coisas iguais a iguais (*aequalia, aequalibus*); 3 – Outra ainda que se usem em comum as coisas que não podem ser divididas” (...). É patente a sobrevivência da referência a uma ideia de justiça formal (todos os homens são iguais), na primeira tese e como daí se deduz uma ideia de devida proporção. A 2ª tese não anda longe da formulação prática do imperativo categórico de Kant (como veremos).

(iv) A igualdade na Ética formal de Kant.

Se é verdade que Kant não fala do princípio da igualdade, creio que o mesmo está inerente ao seu imperativo categórico e ao imperativo prático dele derivado. Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant enumera o seu imperativo categórico, nos seguintes termos: “Age como se a máxima da tua acção se devesse tomar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (pág. 39). Deste imperativo categórico retira um imperativo prático nestes termos: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (fls. 69). O imperativo prático manda considerar cada pessoa como igual, pois só assim cada um de nós é um fim em si mesmo. Sermos todos e cada um de nós um fim em si mesmo, é efectivamente sermos substancialmente iguais. O que tem de relevante esta posição é que, mata irremediavelmente, qualquer tentativa de um discurso racional sobre os critérios formais do “justo”. O justo é aquilo que resulta da aplicação de um critério formal. Kant abre caminho às éticas processuais, e, portanto, está na concepção do Direito próximo de Aristóteles, pois, como ele, apela a uma Justiça que se apreende através de um critério formal. Não me parece correcta a avaliação de Kaufmann sobre Kant quando diz que Kant não esteve à altura do seu tempo, no que respeita à teoria da justiça, “não tendo sequer, atingido, ou sequer aproximado do nível de Aristóte-

les” (pág. 102). No essencial Kant também apelou a um critério formal de justiça, que considerando os homens iguais e fins em si mesmo, introduz um elemento de razoabilidade ou racionalidade na discussão do justo.

v) A justiça como um referente necessário (essencial) do Direito em G. Radbruch.

Apesar da visão do G. Radbruch, não prescindir de outros valores que o Direito deve concretizar, na sua base está o princípio da igualdade. “A teoria da Justiça de Radbruch – escreve A Kaufmann, ob. cit. pág. 138 e 139 – toma como ponto de partida o facto do princípio da igualdade (tratar igualmente o que for igual, desigualmente o que for desigual) valer como modo absoluto, mas ter carácter meramente formal. Portanto tem de acrescentar um princípio material a ideia de fim; sendo esta material, tem um valor apenas relativo, porque estão disponíveis três valores máximos do direito, entre os quais não se pode estabelecer racionalmente uma hierarquia: o valor individualista, o valor supra-individualista e o valor transpessoal. Daí que para salvaguardar a segurança jurídica, seja necessário estabelecer autoritariamente o conteúdo do direito”.

A meu ver a base ou o ponto de partida de Radbruch é uma constante no pensamento ocidental, sobre a essência do justo. Se é a necessidade da coercibilidade das regras jurídicas que justifica a transferência do poder de definir o seu conteúdo para o Estado, já é outra questão cuja resposta não é evidente. O poder de definir o conteúdo do direito, numa sociedade organizado num Estado de Direito, não é arbitrário e, a meu ver, deve ser exercido de acordo com o princípio formal da justiça. Note-se, por outro lado, que em rigor a necessidade de segurança não tem como corolário uma sociedade justa. A necessidade de segurança tem como corolário, isso sim, uma ordem coactiva. Ms pode haver coacção, sem Direito.

(vi) As regras da Teoria da Justiça de Rawls : a Justiça como Equidade.

Os dois célebres princípios da justiça em J. Rawls: Primeiro: cada pessoa tem direito a um conjunto perfeitamente adequado de liberdades de base iguais, compatível com igual conjunto de liberdades para os outros. Segundo: as desigualdades económicas e sociais satisfazem duas condições: a) referem-se a postos ou funções acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; b) têm que existir para maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade” - formulação referida por Bertrand Guillarme, Justiça e Democracia, pág. 265 e bota 1, justificando a versão diferente do primeiro princípio nas “Tanner Lectures” na sequência da crítica de Hart. J. Rawls pode ser visto como um continuador de Kantt, na medida em que aquele pretende provar a congruência do Justo e do Bem, na medida em que os cidadãos de uma sociedade bem ordenada, ao agir de maneira justa vão ao encontro da realização do seu bem mais importante: não seria racional ser irrazoável (Bertrand Guillarme, Justiça e Democracia, pág. 265).

O modo como Rawls resolve a questão da argumentação racional ou do razoável assenta em duas ideias centrais: o véu de ignorância e a regra maximin. Para a primeira regra os intervenientes num pacto não sabem qual a posição que vão ocupar, e portanto, ao deliberarem sobre a constituição básica da sociedade não sabem se vão ser pobres, ricos ou remediados (véu de ignorância). A segunda regra manda refere-se às opções de risco, e segundo a mesma nessas situações devemos escolher aquela em que o mal *certo* é menor.

A posição original institui uma comunidade. O operador é o véu de ignorância, e este coloca, à partida, os contratantes em posição de igualdade moral, sobre uma lista de bens primários. É permitido, então, presumir um acordo quanto a esta ista, posto que a

sua selecção, feita numa situação onde ninguém tem vantagens sobre outrem, se faz a partir do que é Razoável para os membros da sociedade. O Razoável será então o Racional, ou seja, uma racionalidade partilhada e consciente de si (intersubjectividade): toda a gente aceita e sabe que os outros aceitam da mesma maneira os mesmos princípios (Fernando Gil, Modos da Evidência, Operadores de Comunidade, pág. 336.). A lei natural como expressão da razão justifica a validade do contrato de confiança mútua a que se refere Tomas Hobbes, Elementos do Direito Natural e Político, pág. 105 e seguintes. Há alguma coisa de semelhante na regra maximin a que apela Rawls e o “homem lodo do homem” a aconselhar um pacto sobre a fundação do direito, sobre a passagem do estado de natureza ao estado de direito – o Direito é, nesse contexto, de opções a melhor solução, porque é aquela que é de longe menos perigosa para o Homem.

(vi) A ética da discussão e a justiça processual.

Aparentemente neutra de um ponto de vista axiológico a ética da discussão exige um conjunto de virtudes, entre as quais se conta a justiça e a solidariedade (Habermas). Nas condições de uma lógica da discussão prática, encontramos uma posição de igualdade dos sujeitos envolvidos, como decorre da seguinte enumeração (Adela Cortina, Ética da discussão e Fundamentação última da razão, pág. 171):

“1 – Todo o seu jeito capaz de falar e de agir deve poder tomar parte em discussões;

2.1. Cada um deve poder problematizar toda a afirmação, qualquer que ela seja;

2.2. Cada um deve poder fazer com que seja admitida na discussão toda a afirmação, qualquer que ela seja;

2.3. Cada um deve poder exprimir os seus pontos de vista, os seus desejos e as suas necessidades;

3. Nenhum locutor deve ser impedido por uma pressão autoritária, quer ele se exerça no interior quer no exterior da discussão de aproveitar dos seus direitos, tal como eles estão estabelecidos em 1 e 2”.

O processo judicial, nesta perspectiva, é o instrumento que garante a definição concreta do Direito, com respeito pela *igualdade*. A legitimação de uma teoria da discussão (enquanto fundamento da razão prática) encontra-se, a meu ver, também no estatuto de igualdade de todos os membros da sociedade. A sua instituição decorre assim de um “acordo” racionalmente presumido sobre a necessidade de tal meio de legitimação das regras. As regras processuais ou formais de decisão podem ser racionalmente discutidas, como é o caso do princípio da justiça como igualdade. A discussão sobre as relações sociais constrangentes, como são aquelas onde se dá a controvérsia jurídica, há-de fazer-se sempre perante a regra básica do princípio da justiça como igualdade: tratar igual o que é igual, diferente o que é diferente, na medida da diferença. Ou seja: é através de uma intervenção igualitária na discussão que se pode obter um consenso razoável sobre o que é, no caso, igual e diferente.

Vou, neste estudo, apelar ao Princípio da Justiça como Igualdade, numa reflexão concreta sobre a repartição do ónus da prova, nos processos da Jurisdição Administrativa, pois creio que o mesmo pode ser um marcador de racionalidade na argumentação jurídica desse problema, ou melhor, desse conjunto de problemas.

Julgo possível usar o princípio não apenas na fundação da estrutura básica da sociedade (como defendia J. Rawls) mas como algo que permanece em toda a vigência do Direito, pois a meu ver a igualdade é *essencial* no Direito, e há-de, por isso, manifestar-se em todas as suas concretizações: *tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente, na devida proporção* é, por se tratar de um elemento essencial do Direito, o grande marcador da juridicidade.¹¹

Nesta atitude, acabo por aceitar um princípio “formal” ou melhor procedimental no núcleo essencial da ideia de Direito. Mas isso nada tem de estranho pois o Direito visa regular as relações entre as pessoas de uma forma justa, e portanto, há-de ser também um método de escolha de uma solução.

Fica, assim, clara a minha recusa em aceitar uma definição do direito através da imperatividade. A imperatividade ou coercibilidade coexiste no direito, mas também existe noutras ordens normativas, como por exemplo na relação especial de poder entre um Senhor e um Escravo. A imperatividade é um instrumento que o poder empresta ao Direito... mas não é sequer um “próprio”, pois pode haver coercibilidade sem Direito. A normatividade – generalidade – só é atributo do direito, na justa medida em que exprime a seu modo a igualdade (*extensão* do termo = tratar igual os indivíduos com os atributos da respectiva *compreensão*).

Outros fins do Direito – segurança por exemplo – não devem ser incluídos na definição, sob pena de não termos uma noção clara e simples da essência. De resto, como os tempos sempre mostraram, a segurança é alcançada de modo muito mais eficaz fora do Estado de Direito. O Estado de Segurança é de modo geral uma ameaça e por vezes uma violação frontal do Estado de Direito. Não é a segurança, pois, que define o que é o Direito.

Resta-me, assim, a Justiça, como critério, ou seja com uma regra procedimental (é certo) de tratar os homens de forma igual, isto é, tratando como igual o que é igual, diferente o que é diferente na devida proporção (na medida da diferença). A igualdade, na devida proporção, é ainda o fundamento racional para uma discussão sobre a relação com a Natureza, pois os homens que vivem agora devem garantir condições de igualdade nos os seus sucessores. Pode assim haver na concepção do Direito uma referência à Justiça, como igualdade entre os homens, que implique uma visão sobre o futuro e sobre a preservação do meio ambiente.

¹¹ Há neste propósito uma visão do Direito que, como já referi, pressupõe que o mesmo seja “objecto de conhecimento”, e, portanto, que contenha predicados essenciais. Afasto-me assim de toda a “modernidade” que funda a juridicidade na “justiça do caso”, sendo esta a que decorre não do facto de ser “justa”, mas daqueles que têm o poder de decidir acordam que é justa. O problema é velho, como a filosofia, e no fundo assenta numa crença: a crença na racionalidade do mundo (logos). Crer na racionalidade do Direito não é o mesmo que dizer que a minha visão (pretensamente racional) do Direito é a única; não é isso. É, pelo contrário, aceitar que uma explicação coerente deve ser aceite como válida, até que outra mais coerente se apresente aos nossos olhos.

Clemência, Boa Vontade, Perdão, Caridade e Solidariedade podem ser virtudes sociais muito importantes, mas não é delas que trata o Direito. O Direito não tem como objecto os modos de alcançar a perfeição do homem, nem sequer a sua felicidade. O seu objecto é regular as relações sociais – com particular destaque para as relações de constrangimento válido - de *forma justa*, e assegurar instituições que *imponham essa regulação*. É uma opção cultural como qualquer outra. Mas é, a meu ver, aquela que racionalmente me parece mais aceitável, pois coloca cada um de nós em pé de igualdade. Se tivermos de escolher o menor dos males é, sem dúvida, o de termos um tratamento igual aos outros. O consenso pelo menor dos males (de que a regra “maximin” de que nos fala J. Rawls é uma afloração) é a meu ver razoável para justificar um consenso na opção pelo Direito. Não é, note-se, uma opção de fé, nem de convicção, nem de ideologia (nem a única) ... é apenas a opção que, a meu ver, garante aos homens (não a perfeição, nem a felicidade) mas a Justiça nas suas relações uns com os outros – principalmente nas suas relações controversas e constrangentes.

É consciente a passagem da filosofia à metodologia, pois na minha perspectiva, a justiça como igualdade, deve acompanhar a interpretação e aplicação – em concreto do Direito. Desde há muito que a metodologia jurídica recorre aos quatro argumentos clássicos: letra; história; inserção sistemática; finalidade da lei. O problema do sobrelevo de algum, ou alguns deles (v.g. a referência a um sentido lógico, descoberto nos sentidos não literais), bem como o problema mais geral ainda do objecto da própria interpretação (mens legis, ou mens legislatoris, histórica ou actualista), a meu ver há-de ser discutido tendo sempre em conta a “justiça como igualdade”. Com efeito, a ideia de justiça como igualdade, na devida proporção (como já pensava ARISTÓTELES¹²) é a meu ver uma forma simples e profunda de colocar a questão não só do conhecimento do Direito, mas também da sua aplicação pois coloca-o, precisamente, ao alcance da racionalidade¹³.

3.2. A JUSTIÇA COMO IGUALDADE, NO PROCESSO (JUDICIAL) NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

¹² Não é assim de estranhar que G. CANOTILHO, O Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, pág. 1355, coloque a prudência Aristotélica – vista como a escolha racional de decisões em situações de incerteza – como uma tarefa da Teoria da Constituição.

¹³ É muito importante sublinhar este aspecto, pois através dele colocam-se em confronto as duas concepções antagónicas do Direito: uma visão do Direito que seja racionalmente pensada e comunicada, e que portanto, admita que há um Direito correcto, e portanto, *decisões racionalmente justificadas* (decisões certas ou erradas); ou uma visão em que o Direito se identifica com aquilo que quem tem o poder (que podem ser, por exemplo, os Juristas) diz que é Direito, e portanto, *decisões legítimas* (decisões legítimas ou ilegítimas). A haver um Direito correcto – e eu julgo que há - o modo de o podermos discutir foi encontrada por Aristóteles, com a sua referência à igualdade. Podemos efectivamente discutir essa *forma* racionalmente, e aplicá-la depois aos casos concretos.

Vejamos agora como a Justiça, enquanto igualdade, pode ser uma concepção relevante para a compreensão do Direito Público e para a compreensão do regime processual do Contencioso Administrativo.

3.2.1. A Justiça como Igualdade no Direito Público

O Direito Administrativo por ser Direito tem como fim a concretização da Justiça. Tem imanente uma referência à Justiça, sem a qual não se distinguia da mera técnica de gestão. A referência à justiça que é inerente a todo o Direito, radica nesta concepção, numa referência última à igualdade, ou seja: *tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente na devida proporção*.

É este, a meu ver, o atributo que transforma uma norma coactiva (que pode ser uma regra de jogo, de convivência social ou de moda ou sobre a responsabilidade civil) numa *norma jurídica* – há no Direito uma referência à justiça, que por seu turno considera os *homens como iguais*.

O Direito Público e o Direito Privado devem assim assentar num princípio comum, pois ambos visam regular a vida social, desenvolvendo e concretizando o referido princípio da igualdade.

É tradicional (comum) dizer-se que o direito privado radica, em última instância, na vontade das partes e o direito público na Soberania.

Eu penso que é assim, mas não só.

Também a Soberania, nas teorias contratualistas sobre a fundação do Estado moderno, radica na vontade dos cidadãos. São estes que através da sua vontade constituem o Estado e as regras básicas do seu funcionamento. A Constituição é a formalização desse acordo, e o fundamento da sua obrigatoriedade não pode deixar de ser a necessidade de uma vinculação (*acordo de vontades sobre a vinculação ou juridicidade*) entre os cidadãos.

Também na base do direito positivo (cujo texto primordial é a Constituição) há um “contrato social”. Este contrato é um género que engloba o estabelecimento de um direito privado e de um direito público. É um contrato jurídico (e não meramente um contrato social) porque contém uma regulação das relações sociais, onde todos os interveniente acordam constituir um Estado que visa tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente na medida da diferença (devida proporção).

Continua a ser, nesta hipótese, a *vontade* (aqui uma vontade geral, racionalmente encontrada, com o sentido de uma vontade de aceitar ser tratado em condições de igualdade com o outro) a gênese ou a fonte primacial da *obrigatoriedade* Direito.

Desde há algum tempo que me inclino a aceitar que a gênese da obrigatoriedade do Direito, ou da sujeição a um poder de agir socialmente (posição de vantagem) só pode radicar – na parte racionalmente entendível – na vontade do obrigado. A regra “pacta

sund servanda” vista por muitos como pedra angular da obrigatoriedade do Direito, baseia a sua força vinculativa numa outra regra, com o seguinte enunciado: posso obrigar-me. Só assim o homem é livre e igual, mesmo quando tem que cumprir aquilo a que se obrigou: foi a sua vontade que gerou a sua vinculação. No direito privado esta visão é mais evidente. No Direito Público a distinção entre súbito e soberano levam a que o súbito tenha uma posição de submissão (seria essa diferença uma condição essencial para que o Estado se forme). No entanto, na base da fundação do Estado pode estar, ou não, um acordo dos súbitos. Só quando o Estado se organiza de acordo com a vontade dos súbitos há um Estado de Direito. E, portanto, no Estado de Direito é a vontade dos súbitos a fonte da obrigação dessa relação jurídica fundamental (constituição do Estado). Nesta vinculação aparece o Estado de Direito, e, na sua fundação podemos racionalmente encontrar uma referência à justiça como igualdade. O Estado de Direito é constituído como opção, de entre iguais e pretende garantir a igualdade entre eles, tratando igual o que é igual e diferente o que é diferente na medida da diferença.¹⁴

A coerência desta visão pode parecer paradoxal – pois é um a teoria da igualdade que se caracteriza por regular as desigualdades - mas não é. Há nela total coerência porque não há dois indivíduos iguais. E, portanto, impõe-se sempre agrupar os indivíduos em classes e tratar estas de modo igual. Julgo, assim, haver coerência, embora a dificuldade esteja no recorte da “*diferença*”,¹⁵ e na possibilidade da manipulação desse recorte na construção das classes.

Há situações onde é clara a razão de ser do tratamento diferente. Se apenas os loiros fossem puníveis, essa diferença não era racionalmente aceitável; se apenas os imputáveis forem puníveis aceita-se a diferença. Separar imputáveis e imputáveis para efeitos de punir é racionalmente aceitável, ou seja, os desiguais são tratados desigualmente na medida da diferença. Medida da diferença reporta-se assim à escolha de um atributo que diferencia as espécies de um género ou os indivíduos de uma espécie, e num segundo momento a uma valoração jurídica desse atributo: a imputabilidade é diferença para a punibilidade. Há aqui a *atribuição de um sentido jurídico* ao atributo diferente.

¹⁴ Esta visão não implica que toda a actividade do Estado esteja subordinada ao Direito, nem sequer que todo o Estado tenha na sua base um acordo (tácito, ou consentido). Trata-se de uma visão sobre o Direito, como uma realidade acerca da concepção das relações entre os homens. O Direito é uma das alternativas na constituição do Estado; haverá outras mais eficazes, em função dos fins a atingir. O Direito – tendo como objecto essencial a realização da justiça vista como igualdade – é a meu ver uma opção assumida na generalidade das Constituições. O que significa que, na génese do Estado de Direito está a ideia de tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente.

¹⁵ Recorro à terminologia da lógica Aristotélica, por me parecer que aí se fundaram bases de um pensamento correcto que são plenamente válidas até pela clareza que introduzem no discurso argumentativo. A *diferença* é, neste pensamento, a chave da construção da definição e portanto dos conceitos. Na *Metafísica* Aristóteles dizia que “Diferente diz-se dos sujeitos que, sendo outros, têm alguma identidade não segundo o número, mas segundo a espécie, ou o género, por analogia”. Sendo uma relação de alteridade, a diferença é o predicado que distingue uma espécie das espécies subordinadas ao mesmo género” – *Metafísica*, 9, 1018 a) e Livro I, 7, 1057b. O nosso Pedro da Fonseca, nas célebres Instituições dialécticas, II, cap. 5 considerava a diferença como a “forma pela qual uma coisa difere, ou de si, em tempos diferentes, ou de outra” – cfr. notas de Pinharanda Gomes, na sua tradução do *Isagoje* de Porfírio, Lisboa, 1994, pág. 69.

A meu ver esta atribuição deve ser adequada. Para essa adequação podemos recorrer a processos de reflexão como os de Kant nos seus imperativos categóricos e prático, ou de Rawls e o seu “véu de ignorância”. Assim, por exemplo, podemos imaginar os cidadãos a reflectir em conjunto sobre a razão da punibilidade dos inimputáveis, sem que nenhum deles soubesse, no momento da discussão, se iria ser vítima ou criminoso, e desse modo encontrar uma regra que encontre um ponto de equilíbrio: isto é aceitável para quem mais tarde vai estar na veste de agente do crime e para quem mais tarde vai estar na veste de vítima do crime.

Nos casos menos evidentes, mas para o que agora interessa, que é estabelecer uma base racional para o tratamento desigual das desigualdades, o que importa é aceitar (fundadamente) que a demarcação pode ser feita racionalmente. Pois, mesmo que não seja possível estabelecer critérios (materiais) de decisão universalmente aceites, será possível estabelecer critérios (formais) de discussão (“ética da discussão”, por exemplo) e de legitimação válidos para uma fundamentação racional da “inter-subjectividade”.

A meu ver o Direito Público diverge do Direito Privado, mas como na base de ambos está a referência à igualdade, a sua *diferença* depende precisamente da “medida da desigualdade” racionalmente demonstrável. A prossecução (e concretização) do interesse público que anima o Direito Público é a meu ver a *diferença* que vai justificar as alterações ao regime das relações jurídicas privadas. Nestas a base é de igualdade do sujeitos, sendo a supremacia de um deles válida quando querida pelo obrigado. Nas relações jurídicas públicas é admissível a supremacia do sujeito de Direito Público, na medida em que a prossecução de fins públicos (interesse geral) se adequa a essa supremacia. A desigualdade (“jus imperii”) há-de ocorrer assim na estrita medida em que essa desigualdade seja necessária (e só nessa medida) para a prossecução do interesse público, sendo essa adequação, por seu turno, racionalmente demonstrável – e portanto sempre sujeita à discussão prática.

3.2.2. A Justiça como Igualdade no Processo Judicial Administrativo

Há algumas diferenças no tratamento da Administração Pública e dos particulares no processo administrativo. Todas elas devem ser, no entanto, explicáveis pela referida prossecução do interesse público – pois é essa a medida da diferença.

Uma teoria geral do processo judicial nos Tribunais Administrativos deve ter como objecto as diferenças entre os sujeitos da relação jurídica de Direito Público, sendo a “medida da diferença” a justificação de um regime diverso do processo civil nos Tribunais Judiciais. São exemplos dessa diferença, justificada pelo interesse público subjacente ao agir da Administração, entre outras: (i) a existência de causas legítimas de inexecução, (ii) a improcedência do pedido por superveniência da impossibilidade absoluta de cumprir (art. 45º do CPTA), (iii) a protecção do acto administrativo inimpugnável (art. 38º do CPTA), (iv) o tratamento da extemporaneidade da impugnação dos actos administrativos como excepção dilatória, e portanto, sempre de conhecimento oficioso ainda que a relação subjacente seja disponível (art. 89º, al h) do CPTA), (v) o respeito pela “reserva de administração” na imposição de comportamentos (art. 173º, 1; 179º, 1 e 95º, 2 do CPTA).

Na construção racional da relação jurídica processual deve haver, numa teoria da justiça como igualdade, uma ideia base, segundo a qual as partes têm todas elas um estatuto de igualdade, que só é afastado, nos casos expressamente previstos, os quais se devem corresponder “a media da diferença”. O estudo do processo passa por avaliar se as diferenças são (em concreto) adequadas às razões que as justificam, tendo em atenção que o processo é o instrumento jurídico privilegiado de realização da justiça. Mesmo quando não se pode dividir um todo em partes exactamente iguais, pode alcançar-se a justiça processual, através de um processo justo: um parte e outro escolhe. A tradição popular chegou lá, e não há dúvida que o “procedimento” é justo, por tratar com igualdade os sujeitos da controvérsia: qualquer um pode repartir, e qualquer um pode escolher. Este exemplo mostra ainda que o “processo” não pode ser visto como um conjunto articulado de praxes, mas sim como um meio “equitativo” de concretização da justiça, a exigir uma explicação coerente das formas e ritos – ou seja também há um *processo correcto*, que pode ser *objecto de conhecimento*.

O que não pode haver, sob pena de desvirtuar a própria actividade jurisdicional é um tratamento privilegiado da Administração quanto à repartição do ónus da prova – pois tornaria a resolução da controvérsia com dois pesos e duas medidas. A construção de uma presunção de legalidade dos actos administrativos tinha o condão de fazer reverter sempre contra o particular o risco da falta de prova de um facto. Esta posição não corresponde ao ponto de equilíbrio entre os membros de uma sociedade que tivessem de deliberar sobre a questão, sem saberem qual a sua posição em concreto (“véu de ignorância”). Admitindo que viriam mais tarde a ser colocados num processo, quer na posição da Administração, quer na posição de parte contrária, aceitariam uma solução intermédia que repartisse o risco da prova de forma igual.

Creio que esta seria a solução racionalmente aceite (ou seja aceite pelas partes através da opção justificada e reflectida de ceder ao melhor argumento) por ser aquela que apelava a um tratamento igual.

O ónus da prova dependeria assim da relação jurídica material concretamente estabelecida e da posição que cada um aí tivesse, quer a relação fosse de direito público, quer fosse de direito privado: quem se arrogasse de um direito, ficaria com o ónus da prova regulado, em termos iguais no direito público e no direito privado.

Hoje, o CPTA consagra, no art. 6º, um princípio da *igualdade das partes*, o que me parece suficiente para fundamentar positivamente a inexistência da alegada presunção de validade dos actos administrativos, no âmbito do processo judicial. Mas, não era necessário que o fizesse. A igualdade continuaria a ser um princípio subsidiário do estatuto das partes num processo judicial, pois só desse modo, se estabelece uma plataforma equitativa apta a uma decisão justa do caso.

O art. 20º do CRP quando se refere a um processo *equitativo*, tem o sentido – além de outros – de impor a igualdade das partes, o que implica, por seu turno, que todas as diferenças de estatuto das partes, devem ser adequadas ao critério diferenciador – por exemplo: o prazo para responder à reconvenção deve ser igual

ao prazo para contestar; se é lícito corrigir a petição inicial, deve ser lícito corrigir a reconvenção.

3.2. A JUSTIÇA COMO IGUALDADE, E O FUNDAMENTO ÚLTIMO, DA REPARTIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA.

Vou agora examinar as proposições enunciadas no acórdão, com algum detalhe, procurando ver se tal como foram enunciadas as mesmas concretizam, ou são as que melhor concretizam, uma referência última a uma ideia de Justiça como igualdade.

i) Primeira proposição: *aplicam-se no Direito Público, as regras gerais do ónus da prova previstas no Código Civil.*

A primeira proposição do acórdão referido entronca numa concepção do Direito Público, que preserva a igualdade como princípio essencial de expressão do “justo”. É de todas a mais intuitiva, pois nega qualquer diferença relevante para a definição das regras do ónus da prova. O legislador pode, se o entender pertinente, modificar as regras do ónus da prova no direito administrativo; mas se o não fizer aquilo que for geralmente estabelecido para o Direito Civil é também válido geralmente para o Direito Público. Não é por o direito ser público ou privado que o ónus da prova justifica uma desigualdade. Ou seja o carácter público ou privado não é diferença relevante para sustentar uma “medida” de desigualdade no tratamento do ónus da prova.

O CPA ao referir-se ao ónus da prova contém uma regra consagrando ao fim e ao cabo uma regra semelhante ao dos processos judiciais. Na verdade, não obstante o art. 88º, 1 do CPA dizer que “cabe aos interessados provar os factos que tenham alegado”, tal significa, como refere ESTEVES DE OLIVEIRA e outros (CPA anotado, pág. 423) que a “*haver aqui um ónus de prova de factos, ele recai sobre o interessado a quem aproveitam (não sobre os que tenha alegado), como aliás acontece no processo judicial*”.

Esta proposição não colide com a presunção de legalidade dos actos administrativos. Uma vez que se existir uma presunção de legalidade, tal significa que o seu beneficiário não tem que provar o facto presumido, o que equivale à atribuição do ónus da prova aquele que é prejudicado com o facto presumido.

Colide, sim, com a teoria que condensa a posição do autor, no recurso contencioso, *numa pretensão anulatória*, e portanto, como uma pretensão constitutiva de uma nova regulação jurídica, cujos pressupostos devam ser provados pelo autor da pretensão.

No acórdão citado, havia perfeita consciência deste aspecto e afastou essa teoria com a seguinte:

“(...) Nestes casos, o que deve ser provado no recurso contencioso não são os pressupostos do direito à anulação (este direito não existe – a anulação não é um direito subjectivo, mas sim o meio processual de exercer um direito subjectivo ou um interesse legítimo, que configura apenas um direito de acção, um direito potestativo, que se esgota e inelutavelmente se realiza com a constituição da relação jurídica processual), mas sim os pressupostos de facto dos direitos subjectivos que tenham sido reconhecidos pelo acto (...)”.

É a meu ver indiscutível que devemos distinguir entre o direito potestativo (direito de acção), que se esgota com a sua propositura e o direito subjectivo que o autor pretende fazer valer. É verdade que o direito de acção se realiza com a constituição da relação jurídica processual. Mas daí não se segue que não possa falar-se numa pretensão material, traduzida precisamente no pedido, e que no caso é inegavelmente a anulação do acto (ainda que não só). Julgo que a tese do acórdão reconduzindo a *pretensão anulatória* à constituição da relação jurídica processual tem muito de verdade, mas é (só por si) insuficiente para destruir completamente a tese, segundo a qual, cabe **sempre** ao recorrente provar os factos onde assentam os vícios de que vai depender a anulação do acto.

O que me parece verdadeiro é que a “juridicidade” inerente às situações reguladas pelo Direito com a atribuição de situações de vantagem confere-lhes a “garantia” (enquanto elemento da relação jurídica), e essa garantia implica, além de mais, o direito potestativo de acção, e o direito a um processo justo, e o direito a uma decisão de mérito. Esses direitos são contudo diferentes do direito subjectivo ou do interesse (da situação de vantagem) que se pretende fazer valer. E, pode acontecer que o direito ou interesse que se pretenda fazer valer seja um direito ou interesse pré - existente que foi invadido ou destruído pela Administração. E, neste caso, em que a existência do direito não é discutível e veio a ser posto em causa, a pretensão de fazer valer o direito (depois de feita a prova do facto onde assenta) coloca o ónus da legitimidade da acção invasiva, na Administração. Neste caso a pretensão anulatória decompõe-se, em primeiro lugar, no direito de acção; em segundo lugar, na afirmação de um direito; em terceiro lugar, na revolta contra a intromissão nesse direito. Há aqui várias relações jurídicas entrelaçadas e relativamente a *cada uma delas* há regras de repartição do ónus da prova, a resolver nos termos gerais. Unificar tudo isto numa “pretensão anulatória” é tratar do mesmo modo realidades diferentes: *é tratar diferente o que é igual, e, por isso, juridicamente insustentável.*

De resto a tese *totalitária* da pretensão anulatória nunca foi completa e acriticamente aceite no Supremo Tribunal Administrativo. O Supremo rejeitou – como no exemplo do acórdão, criticado por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA – o ónus da prova a cargo de quem sofria sanções. Ora, também aí e de modo muito óbvio, o interessado tinha a *pretensão de anular a sanção*. E também rejeitou com toda a firmeza o ónus da prova a cargo do autor, quanto à extemporaneidade do recurso – como se pode ver nos exemplos citados no acórdão acima transcrito.

A forma, a meu ver correcta, de encontrar um caminho para a repartição do ónus da prova é a de repartir (dividir) as relações jurídicas concretamente em causa, e aplicar a cada uma delas as regras gerais. E, portanto, a tese essencial do acórdão – neste ponto – visando a *destruição da teoria totalitária da pretensão anulatória* estava no bom caminho.

O CPTA veio dar uma grande ajuda a esta tese quando nos diz que o objecto do processo é, não a pretensão impugnatória, mas a relação jurídica material. Ajuda esta tese, quando manda ao tribunal apreciar os fundamentos dos direitos subjectivos ou posições de vantagem invocados, pois desse modo, temos direitos e posições concretas que podem pré - existir, ou não, ao acto impugnado.

Se um direito já existe na ordem jurídica e sobre a sua formação não há dúvida, os pressupostos da sua agressão legítima configuram uma realidade diferente dos pressupostos da sua constituição. A pretensão anulatória do acto lesivo de direitos e interesses cuja constituição seja anterior ao acto impugnado, apenas deve fazer a prova da existência do seu direito, pois pretende apenas que o seu exercício seja pleno, e que sejam removidos os obstáculos a tal exercício.

Se é através do acto impugnado que o direito do autor se constituiria, então, os pressupostos do acto são também pressupostos da constituição do direito e o “non liquet”, nesse ponto, volta-se contra o interessado.

E temos ainda – o caso do acórdão era um desses, mas o mesmo ocorre em todos os concursos públicos – situações em que no procedimento administrativo há uma pluralidade de interesses que querem afirmar-se e onde a Administração deve escolher um deles. Também aqui há uma pluralidade de relações jurídicas que não podem reconduzir-se a uma *totalitária* pretensão anulatória.

Este aspecto da questão é mais subtil ainda.

É o acto administrativo impugnado que constitui o direito do co - interessado que ganha o concurso. Só que, nestes casos, o “non liquet” não pode ser decidido pela Administração no procedimento, arbitrariamente. Mesmo no exercício do mais amplo poder discricionário há vinculação quanto à realidade dos pressupostos de facto e, portanto, quando se dá como provado um facto duvidoso, há erro nos pressupostos de facto.

A invalidade, neste caso, decorre da circunstância de se ter tomado como certo o duvidoso. O interessado preterido deve provar os factos constitutivos do vício, mas faz prova de tais factos desde que mostre que a Administração *tomou o certo pelo duvidoso* ou que *perante a dúvida errou na repartição do ónus da prova*. Foi este raciocínio que o Supremo fez no acórdão em análise e continuo a pensar que fez bem, com subtileza é certo, mas sem atropelo das regras gerais do ónus da prova.

ii) Segunda proposição: *em caso de dúvida, o ónus da prova incumbirá à parte a quem a prova do facto aproveita.*

Esta regra vem consagrada no CPC, no art. 516º (“*A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem aproveita*”). A aplicação deste princípio ao processo judicial administrativo decorre da primeira proposição.

O art. 516º do CPC contém duas regras: - a primeira sobre o modo de ultrapassar a dúvida sobre a realidade de um facto (non liquet); a segunda sobre a repartição do ónus da prova. A primeira dúvida surge, quando o julgador não obtém uma convicção positiva sobre a verificação do facto, e, portanto, depois da análise crítica dos meios de prova Deve, nestes casos, entender que o facto se não provou; - a segunda sobre a dúvida sobre a repartição do ónus da prova. Trata-se de uma dúvida sobre a interpretação ou aplicação das regras gerais sobre a repartição do ónus da prova. Também aqui a repartição do ónus da prova deve ser interpretado tendo em atenção que tais regras devem levar a que o ónus da prova caiba àquele cuja prova do facto traga vantagens.

Julgo que as regras do art. 516º do CPC são muito importantes, para compreensão do ónus da prova, pois fazem depender, em última instância, a relevância jurídica da prova de um facto empírico, da sua prova por aquele a quem essa *prova aproveita*. Nesta medida, a regra encontra justificação racional, pois seria a eleita, através de um processo racional de discussão, em que os intervenientes não soubessem qual a sua posição (véu de ignorância) repartindo o risco da prova, de modo a prejudicar com a dúvida aquele a quem a certeza beneficiaria. A regra assim recortada, ao eleger como *diferença* para repartir o ónus da prova o benefício que esse facto representa, é uma regra de igualdade. Na verdade aceita-se em geral que quem pretende beneficiar de um facto empírico (de realidade duvidosa) tenha um tratamento diferente daquele a que sofre se esse facto tiver ocorrido.

Creio que esta regra sobre a repartição do ónus da prova é uma proposição fundamental sobre o ónus da prova, por decorrer directamente da *igualdade das partes perante a prova*, pois a desigualdade tem a medida da diferença em termos de adequação. E é por isso se trata de um regra básica, sobre a repartição do ónus da prova. Na verdade, uma breve análise das regras gerais sobre a repartição do ónus da prova mostra-nos que as regras do art. 516º do CPC estão subjacente às regras dos art. 342º e 343º do C. Civil.

Em primeiro lugar, porque o n.º 3 do art. 342º estabelece que “*em caso de dúvida, os factos devem ser considerados coo constitutivos do direito*”, sendo que estes devem ser provados por quem invoca o direito (n.º 1).

Em segundo lugar, porque as regras do art. 342º, 1 e 2 do C. Civil são desenvolvimentos do referido princípio:

- um facto constitutivo de um direito aproveita a quem invoca o direito (art. 342º, 1 do CC);

- um facto impeditivo, modificativo ou extintivo aproveita a quem se opõe aos efeitos desse direito (art. 342º, 2);

- nas acções de simples apreciação, ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos que alega, pois neste caso quem beneficia da prova do facto é o réu (art. 343º, 1 do CC);
- o prazo de caducidade do direito é da responsabilidade do réu, por ser um facto extintivo do direito de acção, e portanto cuja ocorrência beneficia o réu (art. 343º, 2 do CC);
- a condição suspensiva ou termo inicial da constituição do direito devem ser provados pelo autor e a condição resolutiva e termo final pelo réu, pelo mesmo motivo, por serem aqueles que beneficiam com a prova da realidade do facto (art. 343º, 3 do CC).

Daí que, mais uma vez, a proposição do acórdão tenha sido bem escolhida, pois é nela que radica a regra mais geral da repartição do ónus da prova.

iii) 3ª Proposição: *o ónus da prova não depende da posição das partes na relação processual, mas sim da sua posição na relação jurídica (material) que concretamente invocam em Tribunal.*

A melhor demonstração desta regra decorre do disposto quanto às acções de simples apreciação ou declaração negativa, em que cabe ao réu e não ao autor fazer prova dos factos constitutivos do direito que se arroga. Não há neste regime uma inversão do ónus da prova, mas a explicitação do regime geral: quem afirma na sociedade (que é, recorde-se o espaço onde o direito vive)¹⁶ que é titular de um direito, tem de fazer essa prova em Tribunal.

Esta proposição é posta em causa por MANUEL DE ANDRADE¹⁷ defendendo que não há temas probatórios fixos, dependendo o ónus da prova da posição que ocupam no processo. *“O que importa, quanto a cada um dos sujeitos da relação processual material, é a sua posição no processo – a pretensão que lá deduz. Assim a prova quanto a saber (explica o autor) se certo contrato é ou não anulável por incapacidade, erro, dolo ou violência ao próprio incapaz, errante, enganado ou coagido, se ele for réu numa acção fundada nesse contrato (maxime quando destinada a pedir o cumprimento), ou tendente à sua anulação. E competirá ao outro pactuante se ele intentar uma acção para obter a declaração judicial da não-existência de qualquer desses vícios, ou mais genericamente, da plena validade do contrato (acção de simples apreciação)”*.

Esta tese não está demonstrada, e a meu ver não é exacta.

O autor não mostra que seja a posição na relação processual na causa (ser autor, ser réu, ser parte principal ou acessória,) a razão da modificação da reparti-

¹⁶ O Direito na sua grande dimensão não vive nos Tribunais. Os Tribunais são hospitais onde se tratam as patologias (controvérsias) entre as partes. O direito é vivido na sociedade e, de uma maneira geral, vive pacificamente .

¹⁷ Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra, 1979, pág. 202.

ção do ónus da prova. E, por outro lado, a repartição do ónus da prova no exemplo é explicável pelas regras gerais, sendo a posição da parte na relação processual já uma consequência da sua posição na relação jurídica material.

Se olharmos com atenção para a relação material concreta, constatamos que a pretensão de anular um contrato resultará da violação de determinadas regras legais que cominam o vício com a anulabilidade.

Essa violação assenta em determinados factos empíricos.

Pois bem, os factos em que se traduz essa realidade devem ser provados por quem quiser aproveitar-se da invalidade. Isso é assim, quer aquele que queira prevalecer-se da invalidade seja autor, quer seja réu na acção.

E se tem resposta diferente quando a parte queira aproveitar-se da validade ou aproveitar-se da invalidade – isso não tem nada a ver com o ser autor, ou réu. Não tem nada a ver com a posição no processo, mas com a posição da parte na relação material e os efeitos favoráveis emergentes de determinados factos, que a parte quer aproveitar.

No exemplo de MANUEL DE ANDRADE não é a posição no processo, mas sim a posição perante a relação jurídica material e os efeitos que o contratante quer impor à outra parte, que são relevantes para decidir a repartição do ónus da prova: quem quer aproveitar efeitos jurídicos emergentes de um facto empírico, tem o ónus de provar o facto de onde os efeitos emergem (a noção de título que o autor cita ao definir as regras gerais é decisiva para a questão), seja autor ou seja réu. Deste modo, o exemplo que o autor refere é resolvido de acordo com as regras gerais do ónus da prova, e são essas regras e *não a posição de autor ou réu que determinam a respectiva repartição*. A relação jurídica processual é, assim, inócua¹⁸ e o ónus da prova dependente da relação entre o conteúdo da pretensão formulada em juízo (quer activa quer defensiva) perante a relação jurídica material. Se o contratante coagido quiser invocar a coacção tem que a provar; se a outra parte quiser fazer valer o contrato não tem que provar que não houve coacção, tem que ser novamente aquele que não quer a validade do contrato que tem o ónus de provar a coacção.

A jurisprudência do STA citada no acórdão, bem como a anotação concordante de AROSO DE ALMEIDA destacam este aspecto, pois é aqui que radica um dos pontos de fractura com a jurisprudência tradicional (com ou sem aceitação expressa da presunção de validade dos actos administrativos). Refere este autor a instrumentalidade e, portanto, a “falta de autonomia da pretensão anulatória em relação à posição substantiva em defesa da qual é accionado o recurso”. E se acompanho sem reservas uma divisão de pretensões dentro da pretensão anulató-

¹⁸ O que não é inócua é a posição das partes na relação jurídica matéria e o efeito que jurídico que aí pretendem fundamentar. A posição no processo é que pode decorrer da relação jurídica material. Mas, a causa eficiente do ónus da prova depende do efeito jurídico querido e do facto que o gera. A regra é sempre a mesma: quem pretende fazer valer o efeito jurídico associado a um facto empírico deve provar esse facto.

ria totalitária (como acima referi), já não aceito que o regime do direito civil seja diferente do regime do direito administrativo quanto à repartição do ónus da prova. A conclusão a que o autor chega e com a qual eu concordo é a de que *“as regras de distribuição das consequências da falta de prova não devem ser estabelecidas em função da posição formal que as partes ocupam no quadro da relação processual ... mas atendendo às posições que correspondem às partes na relação material que se encontra subjacente ao recurso”*. Para mim isto é sempre assim: no direito civil e no direito administrativo. Daí que também não é muito importante aplicar o regime das acções de simples apreciação negativa. Este regime mais não é que uma afloração do regime geral, e portanto, em nada contribui para esclarecer a repartição do ónus da prova.

A solução que o acórdão encontrou – aceitando a irrelevância da posição das partes na relação jurídica processual – é a que melhor se adequa à igualdade das partes perante o ónus da prova. O acórdão apresentou, inclusivamente, dois casos semelhantes: num deles a Administração perante idêntica dúvida sobre o mesmo facto (residência há mais de cinco anos num dado concelho) decidiu de modo diverso e, portanto, não tomou o facto como verdadeiro. O interessado recorreu e não dissipando a dúvida, não foi suficiente para anular o acto por erro nos pressupostos de facto. No outro caso, a Administração perante a mesma dúvida tomou o facto como verdadeiro e, não sendo possível ter a certeza sobre a realidade desse facto, o mesmo facto também não deve ser tido como verdadeiro. Só assim há tratamento igual: perante a dúvida sobre a realidade do facto, o mesmo deve dar-se como não provado. As consequências jurídicas vêm depois. A posição das partes no processo é irrelevante. O que importa é manter a igualdade de tratamento de todas as situações da vida em que um facto cuja realidade é duvidosa, por quem se quer aproveitar desse facto.

Quem quer aproveitar o facto tanto pode ser o interessado particular, como a Administração, como o recorrente, ou até o Ministério Público. Mas o que está em causa é aproveitar o efeito jurídico emergente de tal facto. O interessado particular quer aproveitar – no caso do acórdão – o relevo de residir há mais de cinco anos num dado concelho. É esse o facto que lhe é favorável e, portanto, o que ele pretende é aprova desse facto, pois só a sua prova positiva evita que a Administração tenha errado nos pressupostos ao tomar o duvidoso como estando certo.

A igualdade das partes perante situações de vantagem que querem impor ou defender, implica que cada um prove os factos de onde emerge a sua situação de vantagem. A regra básica é a igualdade, no que respeita ao exercício da “garantia” (isto é da sua imposição ao outro, mesmo contra a sua vontade dessa vantagem) enquanto elemento marcador da juridicidade da pretensão. É essa regra que mostra não ter sentido a tese que coloca o ónus da prova dependente da posição processual da parte no processo, pois aquele que tem um oposição de vantagem tanto pode querer impor essa posição, como querer preservá-la, atacar ou defender-se. A igualdade deve ser colocada na existência ou não dessa posição de van-

tagem – cabendo a quem a invoca provar os factos onde assenta – seja autor, ou seja réu. Não é pelo facto de ser réu que alguém pode pretender preservar uma *situação de vantagem*, cujo facto seu pressuposto se não prova.¹⁹

iv) 4ª Proposição: *uma vez fixado o ónus da prova, logo no procedimento administrativo se este existir, tal ónus mantém-se inalterado ao longo de todo o processo, salvo indicação em contrário da lei*

Esta regra resulta basicamente do disposto no art. 344º do C. Civil de onde resulta que a inversão do ónus da prova devem resultar da lei. As regras do ónus da prova invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine (n.º 1). O n.º 2 considera, desde logo, que há inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova do onerado. O n.º 3 estabelece os casos em que é admissível acordo sobre a repartição do ónus da prova.

Desta regra resulta que o ónus da prova não se altera entre a decisão da 1ª instância e o recurso. Se o autor tinha o ónus da prova de um facto; não é pelo facto de ganhar a causa e o réu recorrer que passa este a ter o ónus de provar os factos onde assenta a sua pretensão. Na verdade a pretensão concretamente exercida no processo, ou no incidente, não serve para aferir o ónus da prova.

O mesmo deve passar-se na mudança do procedimento administrativo para a acção administrativa especial. A Administração deve provar no procedimento disciplinar os factos onde assenta infracção. Continua onerada com tal ónus no processo judicial. Se o autor no processo judicial conseguir lançar uma dúvida sobre os factos onde assentou a punição, o acto punitivo deve ser anulado por erro nos pressupostos. Se o particular tinha o ónus de provar os requisitos de um benefício financeiro, e apesar de o não fazer tal benefício lhe for concedido, e o M.P. intentar uma acção pública pedindo a anulação desse acto, o ónus da prova continua a caber ao interessado beneficiado (contra-interessado) e à Administração. Se na acção judicial não se provar o facto, nem o seu contrário (non liquet) o acto deve ser anulado por erro nos pressupostos. A Administração tomou como certo aquilo que era duvidoso e não aplicou correctamente as regras da repartição do ónus da prova.

¹⁹ O Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) apreciou recentemente um caso muito interessante, em que a prova de exame de um dos candidatos se extraviou, fazendo funcionar a inversão do ónus da prova (art. 344º, 2 do C. Civil) e, em consequência, anulado o acto - Acórdão de 3-5-2007, proferido no recurso 029420, com dois votos de vencido, disponível na base de dados do Ministério da Justiça (ITIJ).

Mais uma vez é uma ideia de igualdade que nos permite uma explicação deste regime. Não há qualquer razão para tratar diferentemente o regime do ónus da prova conforme seja também diferente a fase do processo. Só devemos tratar desigual o que é desigual, ou seja, quando um marcador da desigualdade justifique esse tratamento desigual. Não vejo como se possa racionalmente defender que o ónus da prova se deve adequar às fases do procedimento administrativo ou do processo judicial.

4. CONCLUSÃO

A conclusão deste estudo é a de que também na repartição do ónus da prova vamos poder argumentar com a ideia de justiça, encarada como igualdade (tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente, na medida da diferença). Esta regra justifica racionalmente as quatro proposições analisadas, e foi esta visão do Direito que deu coerência teórica aos argumentos analisados. Todos eles convergiram para uma interpretação das regras do ónus da prova que não fosse mecanicista, nem preconceituosa quanto à intervenção da Administração no processo judicial, salvaguardando a igualdade das partes na prova dos factos onde assentavam as suas pretensões jurídicas.

O interesse público (interesse geral) prosseguido pela Administração não é compatível com uma tese que salvguarde um acto que tomou o duvidoso como certo, nos actos de deferimento de pretensões antagónicas.

Um acto de deferimento pode não lesar o interesse do particular beneficiado desse deferimento, *mas pode lesar todos os demais* (incluindo em bens fundamentais, ou em valores muito significativos) quando se tomaram por verificados os pressupostos de facto apesar dos mesmos não estarem provados no procedimento.

Tomar o duvidoso como certo, contra o interesse geral não pode nunca ser fundamentado por uma regra de igualdade. As quatro proposições jurídicas do acórdão foram, assim, a meu ver um meio técnico eficaz de assegurar a igualdade, e nessa medida, racionalmente justificadas.

Porto, Junho de 2007

António Bento São Pedro