

Processo n.º 1168/2020

(Autos de recurso de decisões jurisdicionais do TA)

Relator: Fong Man Chong

Data : 3 de Junho de 2021

Assuntos:

- Opção pelo recurso contencioso contra um acto administrativo ou cumulação de pedidos nos termos do CPAC

SUMÁRIO:

I – Ao abrigo do disposto no artigo 103º do CPAC, a acção prevista neste normativo só pode ser intentada desde que do indeferimento tácito ou do acto administrativo praticado não tenha sido interposto recurso contencioso. Ou seja, se houver recurso, não há acção. O que não significa que o recorrente contencioso não pode, juntamente com o pedido de anulação, de declaração de nulidade ou de inexistência do acto impugnado, cumular um outro pedido para a prática do acto legalmente devido se for de conteúdo vinculado (art. 24.º, n.º1, al. a), do CPAC), desde que estejam verificados todos os requisitos legalmente exigidos.

II – Quando o Recorrente optou pelo recurso contencioso e alegou a “*causa de pedir*” e o “*pedido*” de forma coerente, inteligível e lógica, ao Tribunal não cabe tentar “convencer” o Recorrente a optar por cumular os pedidos através do

despacho de aperfeiçoamento e depois indeferir o Requerimento Inicial na sequência do incumprimento pelo Recorrente do “convite de aperfeiçoar”, sob pena de conhecer da questão que lhe não cabe conhecer nesta sede.

III – Uma vez que, na óptica do Tribunal recorrido, foi incorrectamente optada a forma de processo, mas na verdade não o é, porque o Recorrente só pretende anular o acto recorrido, ao despacho de convite faltou a base legal e como tal o despacho de indeferimento deve ser anulado e também o de convite por arrastamento, visto que violam os artigos 395º, 397º e 571º/1-d) (*com adaptações*) do CPC, *ex vi* do disposto no artigo 1º do CPAC.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 1168/2020

(Autos de recurso de decisões jurisdicionais do TA)

Data : 3 de Junho de 2021

Recorrente : A

Objecto do Recurso : **Despacho que indeferiu liminarmente a petição inicial (初端駁回起訴狀的批示)**

Entidade Recorrida : **Subdirectora dos Serviços de Identificação**

* * *

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I - RELATÓRIO

A, Recorrente, devidamente identificado nos autos, discordando do despacho proferido pelo Tribunal Administrativo, datado de 14/09/2020 (*que decidiu nos seguintes termos*: 考慮到司法上訴人明確拒絕補正起訴狀中的訴訟形式錯誤的瑕疵且變更訴訟形式，本院決定根據《行政訴訟法典》第12條第1款的規定，初端駁回起訴狀), dele veio, em 11/11/2020, recorrer para este TSI com os fundamentos constantes de fls. 153 a 163, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. 行政法院以本案符合《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項規定之命令作出依法應作之行政行為之訴的前提，並以上訴人拒絕補正起訴狀以變更訴訟形式，於 2020 年 9 月 14 日作出初端駁回起訴書的批示。

2. 結合卷宗第 121 頁至 123 頁及第 144 頁至第 145 頁的兩項批示，行政法院初端駁回起訴狀的理據扼要歸納為：提出的訴訟形式錯誤及並非根據利害關係人的喜好適用訴訟手段。

3. 上訴人對此不服，並認為被上訴批示沾有瑕疵。

4. 在提出錯誤的訴訟形式方面，上訴人認為本案並不符合《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項所規定的前提；在於

5. 該項前提除需要滿足決策者作出一項只有一種可能含意的毫無裁量餘地的行為外，尚要求是以拒絕的方式作出此項行為。

6. 但涉案發函編號 00923/DIR/DR/2020 的《不批准通知》的決定，乃當局透過分析有關事實而作出未能證明在澳門通常連續居住七年的理解下，認為上訴人提出的申請不符合法律規定。

7. 換言之，並非被訴實體認定上訴人符合法律規定卻拒絕批准是項申請。

8. 此理解與中級法院第 650/2013 號及第 36/2014 號裁判的見解相同。

9. 基於本案不符合《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項規定，被上訴批示沾有錯誤理解法律的瑕疵。

10. 至於並非根據利害關係人的喜好適用訴訟手段方面，上訴人認為除非利害關係人的選擇有違法律，否則並不認為現行法律賦予法院有權斟酌何手段對利害關係人更為有效及有利而作出取代其決策權的空間。

11. 加上，根據《行政訴訟法典》第 103 條第 2 款規定，為一項擇一關係。

12. 申言之，在一訴訟手段排除另一訴訟手段下，利害關係人可根據其欲獲得有效保護的效力(較大或較小)而自行選擇具體的申訴方式，但此項決策權，顯然地，根據現行法律並未見得賦予裁判者有權代替當事人作出決定。

13. 另外，針對上訴人根據《行政訴訟法典》第 24 條 1 款 a)項規定追加合併請求—要求法院命令被上訴實體向其發出居留權證明書，如同援用的法律評註所理解的，並不表示上訴人不能在提出撤銷被爭議行為的同時，合併提出要求作出內容受羈束的應作行為之請求。

14. 即使該合併請求不被採納，其結果乃予以被駁回，但並非如被上訴批示般依此認定上訴人存在矛盾而作為初端駁回起訴書的依據。

15. 而且被上訴批示如同對涉案《不批准通知》的理解般，認為上訴人是“拒絕”補正起訴書以變更訴訟形式。

16. 事實上，上訴人只是透過分析後，認為本案不符合提起命令作出依法應作之行政行為之訴的前提，因此，上訴人並非在認為符合法律規定下，卻拒絕透過補正起訴書來變更訴訟形式。

17. 基於以上的理據，上訴人謙卑的認為被上訴批示沾有錯誤理解法律而適用法律錯誤的瑕疵，導致該決定在此不應被允許且應予以廢止，並應依法讓本案程序繼續進行。

18. 最後，上訴人茲向尊敬的中級法院法官 閣下聲請審查一切可依職權審理的法定瑕疵，並一如既往地作出公正裁決。

*

A Entidade Recorrida, **Subdirectora dos Serviços de Identificação**, veio, 03/12/2020, ofereceu a resposta constante de fls. 168 a 177, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. 對於尊敬的行政法院法官認為司法上訴人應使用命令作出依法應作之行政行為之訴的訴訟形式，並作出初端駁回起訴狀的批示，除給予應有的尊重外，被上訴實體不予認同。

2. 根據《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項及第 104 條第 1 款規定：

“第一百零三條

(前提)

一、在下列任一情況下，得提起命令作出依法應作之行政行為之訴：

a) ;

b) 已透過一行政行為拒絕作出內容受羈束之某一行為；

.....。

第一百零四條

(目的)

一、命令作出依法應作之行政行為之訴，目的在於判處行政當局須作出其未作出或拒絕作出之行為。

.....”

3. 提起命令作出依法應作之行政行為之訴，前提要件為：存在一行政行為拒絕作出內容受羈束的某一行為。

4. 正如司法上訴人所述，被上訴實體已對其提出的《居留權證明書》的申請作出審議，在判斷其不符合發出有關證明書的法定要求後，不批准有關申請，而不是認為其符合發出證明書的規定但拒絕作出批准，故不符合命令作出依法應作之行政行為之訴的前提要件，不適用有關訴訟形式。

5. 對於上述理解，中級法院亦持相同意見，中級法院於第 650/2013 號案的判決指出：

“被訴實體對司法上訴人的請求作出了審議，故亦不存在拒絕審批請求的情況或拒絕作出內容受羈束之行為。被訴實體作出了有關的審批，只是該行為不符合法律的規定，存有事實前提錯誤和錯誤適用法律。申言之，不存在拒絕作出內容受羈束之行為的情況。行政當局只是認為司法上訴人貸款導致逾 1 年多時間在澳沒有持續擁有不少於 100 萬澳門元之不動產，且沒有依法履行相關通知義務，故不批准其申請，而不是認定其具備相關條件但拒絕作出批准。

基於此，不存在需命令被訴實體作出依法應作出行政行為的前提，故該請求並不成立，駁回有關請求。”

6. 除此之外，中級法院於第 36/2014 號案和第 775/2014 號案的判決中一再表明有關見解。

7. 再者，被上訴實體不批准發出《居留權證明書》的決定並非內容受羈束的行為。

8. 參考 José Eduardo Figueiredo Dias 所著的《澳門行政法培訓教程》第 87 頁所述：“法律規定了行政當局需用以實現規範內公共目的的手段。這情況就是羈束行為，因為行政當局該行為的內容並沒有任何的選擇權，法律直接規定了行政當局行為的內容。”關於羈束行為，是指行政當局對所作的行為沒有決定的自由，因法律已直接規定了其作出行為的內容。

9. 在本個案中，確認司法上訴人是否具澳門永久性居民身份，被上訴實體需依據第 8/1999 號法律《澳門特別行政區永久性居民及居留權法律》及第 7/1999 號行政法規《澳門特別行政區居留權證明書發出規章》的規定，審批司法上訴人《居留權證明書》的申請，且司法上訴人必須具備該行政法規第 1 條所定的資格。

10. 第 7/1999 號行政法規第 1 條第 1 款：

“一、宣稱根據澳門特別行政區第 8/1999 號法律第一條第一款(二)項、(三)項、(五)項、(六)項，在澳門特別行政區有居留權，但不持有有效的澳門居民身份證或澳門特別行政區居民身份證明文件的人士，須向澳門特別行政區身份證明局(下稱身份證明局)申請居留權證明書，本條第二款所指的人士除外。”

11. 由於司法上訴人於中國內地出生，故被上訴實體根據第 8/1999 號法律第 1 條第 1 款(二)項的規定核實司法上訴人是否具有澳門永久性居民資格。

12. 第 8/1999 號法律第 1 條第 1 款(二)項：

“一、澳門特別行政區永久性居民包括：

.....

(二)在澳門特別行政區成立以前或以後在澳門通常居住連續七年以上的中國公民；

.....”

13. 關於第 8/1999 號法律第 1 條第 1 款(二)項“通常居住連續七年”的要件，法律並未為該法律前提訂定具體的規則和內容，而是交由作出行為者依據公正和合理的基本原則，平衡各公共利益的基礎上，針對具體情形選擇適當的調查措施以作出行政決定，這是立法者賦予作出行為者的自由裁量權。

14. 關於自由裁量權，參見 Diogo Freitas do Amaral 著，《CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO》，第二冊，第 8 版，Almedina 出版，2001 年，第 92-94 頁：

“Os aspectos que podem ser de discricionariedade são os seguintes:

1) O momento da prática do acto.

2) A decisão de praticar ou não um certo acto administrativo.

3) A determinação dos factos e interesses relevantes para a decisão.....Assim, a hipótese legal (o próprio interesse público, afinal) tem de ser concretizada em cada caso pelo agente, para determinar, em regra através de avaliações próprias, se se verificam os pressupostos reais de aplicação da medida estabelecida(ou de escolha da solução adequada).

4) A determinação do conteúdo concreto da decisão a tomar.

5) A forma a adoptar para o acto administrativo;

6) As formalidades a observar na preparação ou na prática do acto administrativo.”

15. 另，參考中級法院第 907/2016 號司法上訴案的合議庭裁判指出：

“Está em causa o sentido e o alcance da expressão *residir habitualmente*.

Não se tratando de conceito consistente em descrições puramente fácticas, cujo sentido e alcance são facilmente captáveis por quem domina mais ou menos a língua utilizada para a redacção da lei, mas sim conceito cujo preenchimento requer um juízo valorativo da situação concreta, feito pelo aplicador de direito, com vista à sua integração na previsão da norma.

É um conceito indeterminado, assim denominado pela doutrina.”

“通常居住”為一不確定概念，而對於是否滿足這一不確定概念，則須由作出決定機關按照具體情況作出價值性評價及衡量。

16. 須指出的是，法律既沒有為“通常居住”訂定任何準則，亦沒有指出那些文件可足夠證明“通常居住”或那些文件不足以作為“通常居住”的證明。而事實上，立法者預見到“通常居住”的證明將因應不同個案的具體情況有所不同，根本無法對相關證明訂定規則，故刻意預留空間讓行政機關對不同個案所需的證明進行自由考量及選擇，從而作出最適合的決定。

17. 被上訴實體嚴格審批《居留權證明書》申請，以及依法行使自由裁量權對第 8/1999 號法律第 1 條第 1 款(二)項中的“通常居住連續七年”作出決定，並根據《行政程序法典》第 85 條第 1 款及第 86 條第 1 款的規定，自行決定符合“通常居住連續七年”法律前提的標準及採取適當的調查措施，以便在調查過程中判斷有利於對作出“公正及迅速的決定”屬重要的事實而應進行之調查及採用之證據方法。

18. 一直以來，被上訴實體要求申請人提交包括但不僅限於曾在澳門居住的資料，如：讀書、工作、曾參與社團活動、醫療等證明文件，以澄清有助於被上訴實體作出決定的事實——通常居住連續七年。

19. 對於申請人要如何證明其曾在澳門居住七年，被上訴實體對此沒有設定任何限制，而為方便申請人提供資料，被上訴實體於網頁上亦只是概括出一般申請人可證明居澳的資料

(例如：曾持澳門證件的資料、讀書、工作、曾參與社團活動、醫療等等。)

20. 就《居留權證明書》申請所搜集的證據，被上訴實體按個案的具體情況及經驗法則作出自由評價，判斷是否可透過該等證據信納申請人“通常居住連續七年”的事實。

21. 對於相關證據的評價，正如尊敬的行政法院法官於第 1092/14-ADM 號行政司法上訴案中指出：

“根據《行政程序法典》第 85 條第 1 款及第 86 條第 1 款之規定，可以知道，立法者賦予行政機關在調查過程中享有裁量權，針對作出“公正及迅速的決定”屬重要之事實，判斷及選用有助於該等事實調查之證據方法。而行政當局針對查獲之證據，在遵循法律及法定證據證明力之前提下，享有自由評價之權限。”

22. 可見，對於司法上訴人是否符合“通常居住連續七年”的要件，被上訴實體是在行使自由裁量權的情況下作出判斷，故被上訴實體按第 8/1999 號法律第 1 條第 1 款(一)項規定作出的決定非屬羈束行為。

23. 正如檢察院在中級法院第 2/2013 號的司法上訴案的意見指出：

“對判斷‘通常居住’而言，第 8/1999 號法律第 4 條賦予身份證明局局長“自由裁量權”(poder discricionário)。關於自由裁量權，中級法院和終審法院一直且一致地重申：行政當局行使自由裁量權所作的決定，不受司法審查，除非出現明顯錯誤或絕對不合理。’；該案法官於裁判中亦持相同觀點，並指出“根據第 8/1999 號法律第 4 條第 1 款和第 3 款之規定，通常居住是指合法在澳門居住，並以澳門為常居地，而暫時不在澳門的，並不代表不再通常居於澳門。在斷定是否常居於澳門時，立法者要求考慮有關人士的個人情況及其不在澳門的情況，特別是：

- (一)不在澳門的原因、期間及次數；
- (二)是否在澳門有慣常住所；
- (三)是否受僱於澳門的機構；
- (四)其主要家庭成員，尤其是配偶及未成年子女的所在。

行政當局在作出有關判斷時，享有自由裁量權，而自由裁量權的行使只有在權力偏差、明顯的錯誤或絕對不合理的情況下才受司法監管/審理。”(底線為本人所強調)

24. 須指出的是，司法上訴人不具澳門永久性居民資格，則其不符合《居留權證明書》的法定申請要件，故司法上訴人不具條件獲發《居留權證明書》。相反，倘被上訴實體核實

司法上訴人具有澳門永久性居民資格，即司法上訴人符合《居留權證明書》的法定申請要件，被上訴實體則需批准發出《居留權證明書》，此屬受羈束的行政行為，不具自由裁量的空間。

25. 中級法院在第 552/2018 號裁判中對《居留權證明書》的審批權亦持同樣觀點，內容如下：“.....被上訴行為是在核實司法上訴人未符合《居留權證明書》的法定申請要件的條件下，作出不批准發出《居留權證明書》的決定，屬一受羈束的行政行為。在相關事宜上，行政當局不具有自由裁量的餘地.....”。

26. 綜上所述，被上訴實體核實司法上訴人是否具澳門永久性居民資格的決定是行使自由裁量權下作出，不屬受羈束的行政行為；司法上訴人不具澳門永久性居民資格，被上訴實體依法不向其發出《居留權證明書》，被上訴實體的行為不存在“拒絕作出內容受羈束之某一行為”的情況。

27. 因此，被上訴實體認為本個案不符合《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b) 項，提起命令作出依法應作之行政行為之訴的前提要件。

*

O Digno. Magistrado do MP junto deste TSI oferece o seguinte douto parecer (fls. 289 a 294):

Nos termos previstos na norma do artigo 157.º do Código de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), vem o Ministério Público pronunciar-se nos termos que seguem:

1.

A, melhor identificado nos autos, interpôs no Tribunal Administrativo um recurso contencioso tendo por objecto a decisão do Subdirector da Direcção dos Serviços de Identificação, datada de 6 de Maio de 2020, que indeferiu a emissão do certificado de confirmação do direito de residência.

Por douto despacho constante de fls. 144 e 145 dos presentes autos, o Meritíssimo Juiz do Tribunal Administrativo indeferiu a petição inicial com fundamento em erro

na forma de processo por considerar que o meio processual próprio para o Recorrente fazer valer a sua pretensão é a acção de determinação da prática de acto administrativo legalmente devido e não o recurso contencioso e determinou que, após trânsito desse despacho, se procedesse à convolação na forma de processo adequada nos termos previstos no artigo 12.º do CPAC.

Inconformado com o assim decidido, veio o Recorrente interpor o presente recurso jurisdicional.

2.

2.1.

A primeira questão que se impõe apreciar, a nosso ver, é a de saber se, no caso, a forma de processo escolhida pelo Recorrente foi ou não a forma errada.

Decorre da norma do artigo 12.º do CPAC que o erro na forma de processo consiste na escolha do meio processual errado à satisfação do pedido formulado e a sua verificação implica a rejeição liminar da petição inicial, sem prejuízo da convolação do processo na forma legalmente adequada.

Em princípio, é em face do pedido formulado pelo autor que se afere a adequação da forma processual escolhida e, conseqüentemente, a existência ou não de erro na forma de processo. A questão da propriedade ou improriedade do meio processual é uma questão de ajustamento do pedido da acção à finalidade para a qual a lei criou a forma de processo utilizada (Cfr. já neste sentido e por todos, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, volume II, Coimbra Editora, 3.ª edição – reimpressão, págs. 288-289).

O Meritíssimo Juiz do Tribunal Administrativo, se bem vemos, aferiu da existência de erro da forma de processo não a partir do pedido formulado pelo Recorrente, mas, antes, mais amplamente, daquela que considerou ser a verdadeira pretensão do Recorrente que, a seu ver, não é mera anulação do acto administrativo impugnado, mas, mais do que isso, é a condenação da Administração a praticar o acto administrativo que àquele foi recusado.

Considerou, deste modo, que o recurso contencioso não seria o meio processual adequado a obter a tutela judicial mais eficaz do seu direito dado que esse meio é a acção para determinação da prática de acto administrativo legalmente devido.

Cremos, no entanto, e salvo o devido respeito, que não ocorre, no caso, um erro na forma de processo.

Na verdade, à luz do pedido formulado pelo Recorrente, que é um pedido de anulação do acto administrativo recorrido, o recurso contencioso revela-se o meio processual próprio face à finalidade que, nos termos do disposto no artigo 20.º do CPAC, a lei lhe assinala. Por isso, com todo o respeito, tendemos a considerar, ao contrário do Meritíssimo Juiz *a quo*, que não existe um erro na forma de processo.

2.2.

A conclusão que antecede não permite, no entanto, em nosso modesto entendimento, dar razão ao Recorrente.

A questão que tem de ser colocada, e nisto acompanhamos o Meritíssimo Juiz *a quo*, é a de saber se, face à nossa lei processual, o interessado que pretenda reagir judicialmente na sequência de um acto administrativo de conteúdo negativo, nomeadamente um acto de indeferimento de pretensão dirigida à prática de um acto de conteúdo vinculado, pode lançar mão do recurso contencioso ou se, ao invés, está obrigado a utilizar a acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido (como ensina ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, temos um acto negativo sempre que a Administração, provocada a praticar um acto com um determinado conteúdo, se recuse a fazê-lo, e positiva e expressamente manifeste a sua decisão de não alterar as situações jurídicas existentes. No mesmo sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 3.ª edição, Coimbra, 2015, p. 205).

Vejamos.

2.2.1.

Ao invés da lei portuguesa (cfr. artigo 51.º, n.º 4 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal) o nosso CPAC não dá resposta directa à questão formulada.

Da norma do n.º 2 do artigo 103.º do CPAC resulta que o legislador admite a coexistência do recurso contencioso e da acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido, que surgem, assim, como meios processuais alternativos, quando esteja em causa a reacção contenciosa relativamente a um acto administrativo de conteúdo negativo ou um indeferimento tácito.

Na sua aparente simplicidade, esta norma poderia levar-nos a adoptar o entendimento segundo o qual recurso e acção são susceptíveis de utilização indiferenciada, cabendo ao particular optar, livremente, por um ou por outro daqueles meios processuais ao seu dispor. A verdade, no entanto, é que não nos parece ser essa a melhor interpretação da lei.

Recurso contencioso e acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido são meio processuais que têm finalidades diferentes e que, como é evidente, proporcionam tutelas judiciais com intensidade diversa.

O recurso contencioso tem, como se sabe, uma finalidade meramente anulatória. A acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido, diferentemente, é um meio de plena jurisdição com finalidade condenatória cujo objecto não é constituído pelo acto administrativo de indeferimento, mas, antes, pela pretensão do interessado à prática do acto administrativo legalmente devido que foi omitido ou recusado pela Administração.

Desta diferente configuração teleológica dos referidos meios processuais resulta, segundo cremos, que, (i) se o interessado apenas tem interesse na eliminação do acto administrativo de conteúdo negativo da ordem jurídica resultante da respectiva anulação ou declaração de nulidade, ou seja, se o seu interesse se esgota num simples regresso ao *status*

quo ante, o meio processual adequado a uma eficaz tutela judicial da sua pretensão é, sem dúvida, o recurso contencioso; (ii) se, em vez disso, o interessado, mais do que a simples anulação do acto, tem interesse e pretende obter o bem jurídico dependente da prática de um acto administrativo de conteúdo vinculado, ou dizendo de outro modo, visa obter a satisfação da pretensão material que, num primeiro momento, deduziu procedimentalmente perante a Administração e que esta se recusou a satisfazer ou a apreciar, então o meio processual adequado será a acção para a determinação da prática do acto administrativo legalmente devido.

Nesta última situação, não será lícito ao particular interpor um recurso contencioso. É este, segundo pensamos, o correcto e rigoroso sentido da alternatividade resultante da lei entre os ditos meios processuais (neste sentido, na doutrina alemã, mas com inteira pertinência face à nossa lei processual, FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munique, 2013, pp. 211-212).

A justificação da conclusão que antecede, que nos parece ser a correcta, encontramos-na na necessidade de tutela judicial que se concretiza no pressuposto processual do interesse em agir. Explicitemos.

O interesse processual, entre nós expressamente consagrado como pressuposto processual, na norma do artigo 72.º do Código de Processo Civil, faz depender o acesso aos tribunais da necessidade de obter a tutela jurisdicional (*Rechtsschutzbeduerfnis*) de um direito ou de um interesse legalmente protegido. Não basta, portanto, ser titular de uma posição jurídica subjectiva qualificada, maxime um direito subjectivo, para poder requer a sua tutela; é indispensável que essa tutela seja necessária e que o meio utilizado seja o adequado a proporcioná-la (assim, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Interesse Processual no Código de Processo Civil de Macau*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano IV, n.º 10, 2000, p. 90).

Entre a condenação à prática de actos devidos e a anulação de actos administrativos estabelece-se uma relação semelhante àquela que, em termos gerais, no

processo civil, intercede entre as acções de condenação e as acções de simples apreciação, meramente declarativas. Também ali se verifica que aquelas asseguram uma tutela judicial mais intensa do que estas e por isso se considera que «o autor não tem interesse processual para propor uma acção de simples apreciação se lhe é possível propor, desde logo, uma acção condenatória» (nestes termos, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Interesse Processual...*, p. 93).

Ora, do pressuposto processual do interesse em agir, ele próprio uma concretização da economia processual, resulta, a nosso ver, que o autor está obrigado a escolher a forma processual que lhe propicia uma tutela judiciária mais intensa, dessa forma se evitando desnecessárias e indesejáveis multiplicações processuais: o que pode ser decidido de uma só vez não o deve ser em duas vezes (neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, 2010, p. 287 e, identicamente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Interesse Processual...*, p. 90).

Por isso, parece-nos que não pode ser deixado ao livre arbítrio do interessado a opção por um ou outro meio processual, isto é, pelo recurso contencioso ou pela acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido, como se, entre eles, existisse uma autêntica e total fungibilidade. Um tal entendimento é, a nosso ver, incompatível com uma racional gestão dos recursos judiciais que, como se sabe, são escassos, afrontando, ostensivamente, o princípio, sistemicamente enraizado, da economia processual.

No momento em que «alguém se dirige aos tribunais administrativos para reagir contra uma atitude de recusa ou de inércia da Administração, em defesa do seu direito à prática de um acto administrativo, a necessidade de tutela judicial que a leva a tribunal concretiza-se no interesse em obter uma pronúncia judicial que proporcione a obtenção do acto pretendido. Para o efeito, o autor deve fazer valer o seu direito à prática desse acto, o que só pode acontecer no âmbito de um processo de condenação» e não já ou, pelo menos não tão eficazmente, num processo de natureza meramente anulatória (Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, p. 287. Não desconhecemos os chamados efeitos ultra-constitutivos

que, no modelo tradicional do contencioso administrativo, se assinalam às sentenças anulatórias, incluindo, portanto, às sentenças que anulem actos de conteúdo negativo. Em todo o caso, mesmo aí, esses efeitos não são equiparáveis, na perspectiva da eficácia da tutela da posição subjectiva do particular e da economia processual, A uma sentença de condenação da prática do acto legalmente devido, desde logo face ao poder de renovação do acto, em certas situações por parte da Administração e também em função da necessidade de o particular se poder obrigado a lançar mão de um processo chamado executivo mas, em rigor, declarativo, tendente a obter a do tribunal a especificação dos actos e operações a praticar na sequência da anulação, como resulta do artigo 184.º, n.º 2 do CPAC).

Com efeito, da diferente configuração legal do recurso contencioso e da acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido, aquele como um meio meramente anulatório, esta como um meio de plena jurisdição, resulta que é no âmbito da acção «que podem ser debatidas em plenitude, e por referência ao momento em que cumpre decidir, todas as questões que se podem colocar a propósito da existência e configuração do dever de actuação da Administração em termos que permitam definir, de modo mais eficaz, a situação das partes, evitando o risco da multiplicação de novos litígios, como exige o princípio da economia processual» [continuamos a seguir MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, p. 287. Este entendimento segue de perto o ensinamento de parte importante da doutrina alemã a propósito da chamada *Isolierte Anfechtungsklage* ou impugnação isolada de actos administrativos de conteúdo negativo. Também aí se tem defendido a inadmissibilidade, em geral, dessa impugnação isolada: neste sentido, FRIEDHEL HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht...*, p. 214; WOLF-RUDIGER SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 13.ª edição, 2012, pp. 94 e 95; HERBERT POSSER - HEINRICH WOLFF – UWE BERLITT e Outros, *Verwaltungsgerichtordnung, Kommentar*, Munique, 2014, p. 140, referindo estes últimos Autores justamente a falta de necessidade de tutela judicial (*Rechtsschutzbeduerfnis*), ou de interesse em agir como obstáculo a tal impugnação isolada].

2.2.2.

Ao que antecede não se pode contrapor a possibilidade que a lei, na alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CPAC, prevê de cumulação no recurso contencioso de um pedido de condenação na prática do acto administrativo legalmente devido, abrindo a porta ao alargamento do objecto do processo no âmbito do recurso contencioso.

É que, em nosso entender, a norma da alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CPAC deve ser objecto de uma interpretação cuidadosa de modo a delimitar rigorosamente as situações em que é possível a cumulação de pedidos aí prevista.

Como tivemos oportunidade de referir noutro local, continuamos a considerar que a cumulação a que alude a alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CPAC tem como exclusivo campo de aplicação o dos actos positivos de conteúdo ambivalente, isto é, os actos que tenham «introduzido uma modificação em favor de terceiro, em detrimento das pretensões do interessado, que pretendia ser ele o beneficiário» de tal modificação.

Nestas situações, a cumulação permitirá, por um lado, com o pedido principal, obter a anulação contenciosa do acto de conteúdo positivo e com o pedido cumulado obter, desde logo, a condenação da Administração a praticar o acto devido, deste modo obtendo uma tutela mais eficaz da sua posição subjectiva juridicamente protegida (cfr. VIRIATO LIMA - ÁLVARO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso, Anotado*, RAEM, 2015, p. 71).

Não vemos, com todo o respeito o dizemos, que sentido poderá fazer a cumulação de um pedido de condenação na prática de um acto administrativo legalmente devido no recurso contencioso de um acto administrativo de conteúdo negativo quando a lei coloca à disposição do interessado um meio próprio para efeito de obter a condenação, sobretudo se tivermos em conta que que da procedência da acção de condenação resultará, implicitamente, a eliminação do acto administrativo de indeferimento ou de recusa de apreciação. Pelo contrário. Por via da cumulação estará a introduzir-se uma desnecessária perturbação processual, desde logo no que concerne à tramitação dos pedidos cumulados (cfr.

o n.º 2 do artigo 24.º do CPAC) que, para além de desaconselhável, a plena tutela da posição jurídica do particular seguramente não reclama.

2.2.3.

No caso em apreço, resulta da petição inicial que o Recorrente reage contra o indeferimento da emissão de um certificado de confirmação do direito de residência por considerar, entre o mais, que estão verificados os pressupostos legais dessa emissão.

Da conjugação dos artigos 1.º e 5.º do Regulamento Administrativo n.º 7/1999 com o artigo 1.º, n.º 1, alínea 2) da Lei n.º 8/1999, resulta que a Administração deve emitir aquele certificado relativamente aos «cidadãos chineses que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da RAEM».

Trata-se, como bem decidiu o Meritíssimo Juiz *a quo*, de um acto estritamente vinculado. Na verdade, demonstrando-se que um cidadão chinês residiu habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da RAEM, a Administração está obrigada a emitir o dito certificado, não dispondo de qualquer margem ou abertura discricionária para não o fazer (como se sabe, a vinculação existe quando a norma de competência indica de forma fechada as circunstâncias que desencadeiam a intervenção administrativa; estabelece que a Administração tem de agir quando esses pressupostos se verifiquem e, por fim, define, de forma rigorosa e fechada em que consiste essa acção: nestes termos, por último, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, 2020, pp. 202-203).

Ao contrário daquilo que alega a Recorrente, a circunstância de o legislador utilizar um conceito aparentemente indeterminado, como seja o de «residência habitual» não mexe com a anterior conclusão. Trata-se, na verdade, de um conceito que apenas na aparência é indeterminado, pois que o mesmo não concede margem de livre apreciação à Administração ou, se quisermos, que não lhe confere discricionariedade, sendo, por isso

plenamente sindicável pelos tribunais (assim tem vindo a decidir o Tribunal de Última Instância: entre outros, acórdãos de 13.11.2019, processo n.º 106/2019; de 18.12.2020, processo n.º 190/2020; de 27.1.2021, processo n.º 182/2020. Sobre a questão da diferença entre indeterminação estrutural e mera dificuldade de interpretação e entre conceito jurídico indeterminado em sentido próprio e um mero conceito classificatório de imprecisão hermenêuticamente resolúvel, veja-se JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, pp. 38 a 57).

Além disso, o dito indeferimento da pretensão do Recorrente no sentido de ver emitido o certificado de confirmação consubstancia, como parece evidente, uma recusa da Administração a praticar esse acto administrativo. A Administração recusou emitir o certificado.

A recusa da prática do acto traduz-se, como não pode deixar de ser, no indeferimento da pretensão do particular (neste mesmo sentido, que nos parece óbvio, VIRIATO LIMA – ÁLVARO DANTAS, *Código...*, pp. 309-310).

A situação enquadra-se, portanto, e fora de dúvida na previsão da norma na alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º do CPAC. Por isso, o Recorrente estava obrigado a lançar mão da acção para determinação da prática de acto legalmente devido. Isto porque, como vimos, do teor da sua petição inicial resulta manifestamente que aquilo que o mesmo pretende não é a simples eliminação do acto administrativo de indeferimento, mas, mais do que isso, a prática do acto administrativo que considera ser devido.

O recorrente tem, pois, evidente falta de interesse processual na interposição do recurso contencioso. Daí que se justificasse que o Meritíssimo Juiz *a quo* o tivesse convidado a corrigir a sua petição inicial formulando o pedido adequado à sua pretensão de forma a poder operar-se a indispensável convolação na forma de processo adequada e que é aquele relativamente à qual é possível afirmar o dito interesse.

O Recorrente, não acolheu o convite ao aperfeiçoamento e insistiu, mal, a nosso

ver, em manter o recurso contencioso.

Justifica-se, por isso e com este fundamento a sua rejeição liminar, sem prejuízo da possibilidade de apresentação de nova petição de recurso devidamente corrigida nos termos conjugados dos artigos 395.º, n.º 4 e 396.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, aplicáveis subsidiariamente por força do artigo 1.º do CPAC.

3.

Pelo exposto, parece-nos, salvo melhor opinião, que deve ser negado provimento ao presente recurso.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre analisar e decidir.

* * *

II – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos considerados assentes, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da

causa:

- Em 11/06/2020 pelo Recorrente foi proposto um recurso contencioso no TA que tem objecto a decisão da subdirectora dos SIM, constante de fls. 31 e 32, cujo teor se dá por reproduzido aqui para todos os efeitos legais;

- Em 01/07/2020 pelo Mmo. Juiz do TA foi proferido o despacho de aperfeiçoamento, constante de fls. 121 a 123 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido aqui para todos os efeitos legais;

- Em 22/07/2020 pelo Recorrente foi apresentado um novo articulado, constante de fls. 134 a 143, cujo teor se dá por reproduzido aqui para todos os efeitos legais;

- Em 23/07/2020 pelo Mmo juiz do TA foi proferido o despacho de indeferimento liminar, constante de fls. 144 a 145/v dos autos, cujo teor se dá por reproduzido aqui para todos os efeitos legais;

- Em 28/09/2020 pelo Recorrente foi interposto o recurso ordinário para este TSI contra tal despacho, com as alegações contantes de fls. 153 a 164, cujo teor se dá por reproduzido aqui para todos os efeitos legais;

- Em 13/11/2020, foi “citada” a Entidade Recorrida para apresentar contra-alegações do recurso (fls. 166), que veio a apresentar em 03/12/2020, com o conteúdo de fls. 168 a 177 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido aqui para todos os efeitos legais.

* * *

IV – FUNDAMENTOS

Começamos pela análise do objecto do recurso, que é o despacho de

indeferimento liminar do Tribunal recorrido, sendo certo que tal foi proferido na sequência do alegado incumprimento pelo Recorrente do despacho de aperfeiçoamento.

A questão discutida, neste ponto, consiste em saber se o primeiro requerimento foi elaborado de forma coerente e inteligível.

Ora, o 1º requerimento inicial do Autor contem as seguintes conclusões:

“(…)

(二)綜上所述：

1. 應裁決本司法上訴理由成立；
2. 宣告被訴實體的行為沾有理解法律錯誤、因理解事實錯誤致錯誤地適用法律，以及違反調查義務的瑕疵；
3. 從而依法應予以撤銷被訴行為；及*(Sublinhado nosso)*
4. 傳喚被訴實體在法定期內作出答辯，並按法定程序進行訴訟直至終結。

附呈：- 附件十六份；及
- 法定副本。”

Resulta do transcrito termos muito claros: **o que o Autor pretende é anular ao acto atacado!**

E o Mm Juiz do TA proferiu o seguinte despacho:

“司法上訴人針對身份證明局副局長不發出居留權證明書的決定提起本司法上訴，請求撤銷該行政行為。

如我們所知，在通常情況下，行政行為依其內容可分為兩種：積極內

容的行政行為(acto administrativo positivo ou acto administrativo de conteúdo positivo)與消極內容的行政行為(acto administrativo negativo ou acto administrativo de conteúdo negativo)。

前者指可變更行為作出之前的法律秩序，在利害關係人的權利義務範圍內產生積極效果的決定，例如行政當局對利害關係人科予處罰、剝奪其既得權利及對其施加義務的行為；後者則指任何拒絕作出可變更固有法律狀況之行為的決定，例如行政當局否決利害關係人根據法律規定應享有的權利，拒絕作出在法律上受羈束的行政行為。

對於上述具有積極內容的行政行為，撤銷性司法上訴無疑是任何受決定影響的利害關係人在法院尋求救濟的最佳途徑—因為司法上訴的目的恰恰在於“撤銷司法上訴所針對之行為，或宣告其無效或者法律上不存在”（見《行政訴訟法典》第 20 條規定）。而在法院撤銷行政行為，將該行為從法律秩序中剔除後，倘行政當局不欲更新該行為，則必然需重建遭其行為侵害的法律秩序。

那麼，對於具有消極內容的行政行為，是否也應同樣訴諸撤銷性司法上訴？

如前文所述，當行政當局拒絕滿足利害關係人的訴求時，並沒有變更此前利害關係人的法律狀況，既然如此，該行政行為被法院撤銷後，從判決執行的角度而言，並無任何被違反的法律秩序有待重建（見《行政訴訟法典》第 174 條第 3 款的規定）¹。

因此，從採用訴訟手段擬達至的效果看，撤銷性司法上訴是差強人意的(Sublinhado nosso)。而相形之下，針對具消極內容的行政行為，《行政訴訟法

¹ 儘管葡萄牙學者 Mário Aroso de Almeida 對於就消極行政行為提起的司法上訴得直，行政當局在執行法院撤銷性判決如何重建假定法律秩序存在不同的理解—認為在此情況下，行政當局有義務作出替代性行為以滿足利害關係人的訴求，並重建假設該替代性行為依法作出時的法律秩序（見 Mário Aroso de Almeida, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, p558 a 562），但上指《行政訴訟法典》第 174 條第 3 款的表述—“三、遵行裁判係指視乎情況作出一切對有效重建被違反之法律秩序，及對回復原會出現之狀況屬必需之法律上之行為及事實行動。”所採取的顯然是狹隘和傳統的立場。

典》第 103 條至第 107 條規定的命令作出依法應作之行政行為之訴顯然更行之有效。單從名稱字面上已可得出，透過這種給付性質的訴訟，利害關係人能要求法院直接判處行政機關按照法律規定作出內容受羈束的行政行為(見《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項的規定)。

誠然，如何因應不同內容的行政行為選擇較適當的訴訟手段，《行政訴訟法典》並無明確限制。甚至透過其部分的規定，反而可以推知縱然是針對消極內容的行政行為，使用司法上訴亦無不可(例如《行政訴訟法典》第 25 條第 2 款 c)項、第 32 條及第 103 條第 2 款的規定)。換言之，如何取捨，全憑利害關係人的喜好。

果真如此？

我們知道，訴訟形式法定。對於利害關係人的每一項訴求，法律原則上僅規定一種最為有效且適當的救濟方式，除非多種效果相當，難分優劣的訴訟手段並存，則又另當別論。

在上文已提及，就消極行政行為而言，命令作出依法應作之行政行為之訴與傳統的司法上訴相比，給予利害關係人的保障明顯更多且更有力。因為倘若法院因訴訟理由成立判處行政機關依法作出行政行為時，該判決必然隱含須剔除行政當局此前所作之消極行政行為的效果——而撤銷性司法上訴的目的也僅此而已。²

再者，命令作出依法應作之行政行為之訴具有訴的特徵。在該類別的

² 另一種目前通行的方案是按照《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a)項的規定，在司法上訴一併提出要求命令作出依法應作之行政行為的請求。但這種做法的不合理性同樣顯而易見，尤其有悖於訴訟經濟原則：既然法典在第 103 條已直接訂出命令作出依法應作之行政行為為獨立的訴訟手段，那麼又何須針對相同的前提（對於消極行政行為的爭執）同時許可利害關係人合併請求？事實上，澳門的行政訴訟法學說已有觀點認為，上述第 24 條 a)項所指的合併請求具有其特定的適用空間——應限於針對兼具消極內容的積極行政行為(actos positivos de conteúdo ambivalente, isto é, actos que tenham introduzido uma modificação em favor de terceiro, em detrimento das pretensões do interessado, que pretendia ser ele o beneficiário)。在此情形下，既能撤銷有關行為對第三人產生的積極有利的效果，同時又能迫使行政當局作出內容受羈束的行政行為，有效地對行政行為中的否決利害關係人請求的消極部分作出回應（見 Viriato Lima e Álvaro Dantas, *Código de Processo Administrativo Contencioso anotado*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária）。惟如此，合併請求才具有其價值。

訴訟中，法院具備完全審判權，不限於撤銷行政行為，更能直接進行判處。這與傳統的司法上訴中，法院對被上訴行為作純粹的合法性審查，僅撤銷或確認有關行為時所展現的權力截然不同。

由此，也對訴辯雙方在訴訟程序中行使的訴訟權利相應地產生不同的影響。

我們知道，撤銷性司法上訴的標的為行政行為。在司法上訴中，法院根據行政機關在作出行政行為之時所依據的事實及已掌握的證據判定該行為是否合法，而相關的事實及證據應已盡數載入行政卷宗內。是故，無論是訴辯雙方還是檢察院皆難以脫離行政卷宗的範圍，另行主張可構成撤銷依據的新事實以爭執行政行為的合法性。

另一方面，對於利害關係人聲請調查證據亦是如此。近年來上級法院司法見解傾向認為，在撤銷性司法上訴中，上訴人不能聲請調查其本可以在行政程序中聲請但卻沒有聲請調查的證據，除非其不被允許提交證據—根本原因在於法院的地位如同審查行政決定所涉之事宜的“二審”機關，始終應由行政當局作為“一審”機關對有關證據作初步和全面的考量(例如：中級法院 2014 年 7 月 3 日第 80/2012 號卷宗的合議庭裁判及 2019 年 10 月 17 日第 221/2019 號卷宗的合議庭裁判)。司法上訴的“上訴”一說亦由此而來。

然而，到了命令作出依法應作之行政行為之訴中，以上提及的種種門檻似乎不復存在了。這或許是因為在“訴”而非“上訴”的模式下，訴訟標的已然從行政行為轉變為利害關係人欲達到的具體訴求(見 Mário Aroso de Almeida, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2017, 4.^a edição, pp. 210 a 211)。與民事訴訟的情況類似，在“訴”的訴訟程序中，利害關係人為支持其訴求，可自由主張其權利的創設性事實並提請法院調查證據，不再受行政行為當時所依據之事實及證據框架的掣肘。

換言之，行政當局倘決定拒絕應利害關係人的請求作出某一行為時，無論在當時是基於怎樣的事實考量，被何種證據所局限，只要利害關係人能成功

證明存在事實情節，並可據此要求行政當局依法行事的話，均應要求法院予以考慮。

在本案中，儘管未有明述，從起訴狀陳述事項可知，司法上訴人的目的非在於撤銷被上訴行為，其更重要的訴求是被上訴實體考慮其符合在澳門特別行政區居住的事實，繼而根據第 8/1999 號法律《澳門特別行政區永久性居民及居留權法律》第 1 條第 1 款 2)項規定，向其發出居留權證明書。

毫無疑問，根據以上的論述，可以得出結論，從最大程度的保護司法上訴人訴訟利益的角度分析，撤銷性司法上訴並非是有效的訴訟手段—命令作出依法應作之行政行為之訴更為適當。

有鑒於此，通知司法上訴人就上述事宜發表意見，倘若其認同上述觀點，則應重新提出與恰當的訴訟形式相吻合的訴訟請求。

期限：十五日。

即日”

Ora, salvo o merecido respeito, não acompanhamos o raciocínio do Tribunal *a quo*, pois, antes da intervenção da Entidade Recorrida, já iniciou a sua análise sobre questões de mérito (*abordando-se a questão de poder discricionário e poder vinculado na emissão do acto administrativo, sendo certo que não se sabe, ainda nesta fase inicial da tramitação, se existem factos suficientes para esta finalidade ou não*), preocupando-se bastante com o “interesse” do Recorrente, o que não justifica, por extravagar o âmbito da intervenção incumbida ao Tribunal. Isto por um lado, por outro, o alegado despacho de aperfeiçoamento não visa a situação em apreço, já que o normativo regulador desta matéria consta do artigo 397º (**Despacho de aperfeiçoamento**) do CPC (*ex vi* do disposto no artigo 1º do CPAC), que estipula:

1. Quando não ocorra nenhum dos casos previstos no n.º 1 do artigo 394.º, mas a petição não possa ter seguimento por falta de requisitos legais ou por não vir acompanhada de documentos essenciais, ou quando apresente insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto alegada, pode ser convidado o autor a corrigir ou completar a petição ou a apresentar os documentos em falta, marcando-se prazo para o efeito.

2. Sendo a nova petição ou os documentos em falta apresentados dentro do prazo marcado, aplica-se o disposto no n.º 2 do artigo anterior; igual regime é aplicável ao caso de a petição ser recusada pelo juiz que presida à distribuição, desde que o autor apresente outra que seja admitida na primeira distribuição seguinte.

3. Não cabe recurso do despacho previsto no n.º 1.

Ora, salvo o melhor respeito, o caso em apreço não se subsume em nenhuma das hipóteses previstas no n.º 1 do artigo citado!

Em rigor das coisas, o despacho de aperfeiçoamento não serve para substituir as partes ou a vontade das mesmas.

Perante a situação em vista, o Recorrente pode sempre optar por simples recurso contencioso ou formular pedidos cumulativos!

A propósito da matéria em causa, escreveu José Cândido Pinho (*Cfr. Notas e Comentários ao CPAC, Vol. II, CFJJ, 2018, pág. 21*):

“(…)

3 - São positivos (os do n.º1) e negativos (o do n.º2) os requisitos previstos.
Os requisitos positivos.

A acção pode ser proposta, desde que:

1º - *Tenha ocorrido um indeferimento tácito;*

2º - *Tenha sido praticado um acto administrativo de recusa da prática de acto de conteúdo vinculado.* (***Sublinhado nosso***)

3° - *Tenha sido praticado um acto administrativo de recusa de apreciação da pretensão.*

O que releva quanto a estes requisitos, contrariamente à regra do art. 100°, é a existência de um acto administrativo de recusa expressa ou de um indeferimento tácito.

O requisito negativo.

- A acção só pode ser intentada desde que do indeferimento tácito ou do acto administrativo praticado não tenha sido interposto recurso contencioso.
(Sublinhado nosso)

Ou seja, o interessado pode recorrer contenciosamente do acto tácito de indeferimento (arts. 32°, 38° e 81°) ou do acto expresso de recusa. Fica ao seu critério a escolha do meio mais adequado ao seu interesse, em função da maior ou menor eficácia que conseguir representar para a tutela efectiva que almeja obter. Porém, se interpuser recurso contencioso desses actos, fica impedido de usar a acção (art. 103.°, n.º2. Quer dizer, um meio exclui o outro. **(Sublinhado nosso)**

Dito por outras palavras, se houver recurso, não há acção. O que não significa que o recorrente contencioso não pode, juntamente com o pedido de anulação, de declaração de nulidade ou de inexistência do acto impugnado, cumular um outro pedido para a prática do acto legalmente devido se for de conteúdo vinculado (art. 24.°, n.º1, al. a), do CPAC). Neste caso de cumulação de pedidos, a vantagem é evidente e decorre do facto de num só processo se conhecer das questões que separadamente o art. 103°, n.º2 proíbe.

4 - No que se refere ao "*indeferimento tácito*" (n.º1, al. a)), o objectivo é obrigar a praticar um acto expresso. Parte-se do pressuposto de que, tendo havido uma pretensão concreta, a Administração deixou decorrer o prazo de que dispunha para a prática do acto sem nada decidir expressamente, remetendo-se ao silêncio e, com isso, produzindo um indeferimento tácito (cfr. art. art. 102° do CPA).

Perante, um indeferimento tácito, contra o *dever legal de decidir* a pretensão por parte da Administração, o que pode então fazer o interessado?

Ou impugná-lo contenciosamente através do recurso contencioso (arts. 32°, 38° e 81°, do CPAC) ou intentar a acção, visando impelir a Administração a praticar um acto expresso (art. 103°, n.º1, al. a), do CPAC).

No entanto, como se disse, o uso do primeiro meio exclui o segundo; ou seja, o recurso contencioso impede o uso da acção. Significa que este meio (acção) se apresenta como *alternativo* à impugnação contenciosa (Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3ª ed., pág. 442-443).” (*Sublinhado nosso*)

O que está alegado e pedido no 1º requerimento inicial é muito claro, não existindo contradição entre a “*causa de pedir*” e o “*pedido*”, não sendo inadmissível o pedido formulado, não se vê razão de ordenar o respectivo aperfeiçoamento.

Pelo que, é de concluir que o despacho de aperfeiçoamento foi incorrectamente lançado por ultrapassar os limites legalmente fixados, vício este que contamina com o *despacho de indeferimento liminar* proferido num segundo momento, matéria que vemos de imediato.

*

O verdadeiro objecto deste recurso é o despacho de indeferimento liminar, que tem o seguinte teor:

“司法上訴人針對身份證明局副局長不發出居留權證明書的決定提起本司法上訴，請求撤銷該行政行為（卷宗第 68 頁至第 94 頁）。

經過初步審理，法院認為司法上訴人使用了不適當的訴訟形式，故要求其發表意見，並重新提出與恰當的訴訟形式—命令作出依法應作之行政行為之訴—相吻合的訴訟請求（卷宗第 121 頁至第 123 頁）。

司法上訴人不認同法院的觀點，拒絕變更訴訟形式及重新提出請求，認為本案的情況不符合《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項的規定—被上訴決定涉及對第 8/1999 號法律中“通常居住”這一不確定概念的解讀，並非是一項毫無裁量餘地的行為（卷宗第 136 頁至第 143 頁）。

*

首先，對於本案訴訟形式適當性的問題，法院已明確於卷宗第 121 頁至第 123 頁批示中表達立場，有關內容在此予以重申並視為轉錄。

除此之外，對於司法上訴人新提出的理據，補充如下：

作為訴訟前提之一，《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項所指的“內容受羈束之某一行為”指行政決策者無自由考量餘地的行政行為，此言不虛。

此外，本案中的被上訴行為也確實涉及對第 8/1999 號法律中“通常居住”這一不確定概念的解釋。

然而，存在對不確定概念的解釋必要是否便必然排除行政行為內容在法律上的受限定性？對此，司法上訴人似乎仍有誤解。

首先，不確定概念分為涉及預測性判斷及不涉及預測性判斷兩類，前者賦予行政機關自由考量空間，後者可通過規則—推理方法獲知其內涵。對於前者應適用對自由裁量權進行司法審查的規則，而在後者，由於屬單純解釋法律的約束性活動，完全受法院審查。2013 年生效的《土地法》第 215 條 3)項的過渡規定中所指的承批人過錯這不確定概念便是一例（例如終審法院 2018 年 4 月 11 日第 38/2017 號合議庭裁判及 2019 年 1 月 23 日第 95/2018 號合議庭裁判）。

也就是說，在對不賦予自由裁量空間的不確定概念進行解釋時，行政當局的決定依然沒有脫離“內容受羈束之行政行為”的範疇，儘管其並非是一項嚴格受羈束的行政行為（*acto administrativo estreitamente vinculado*）。

另一方面，本案中，第 8/1999 號法律第 1 條第 1 款所使用的“通常居住”這一不確定概念是不涉及任何預判，完全受法院審查的。同樣，終審法院已在多份司法見解中重申這一看法（見終審法院 2015 年 1 月 9 日第 21/2014 號合議庭裁判及 2019 年 11 月 13 日第 106/2019 號合議庭裁判）。

結合上述兩點，很明顯可以看出，本案中的被上訴實體在解釋有關不確定概念的基礎上作出的不發出居留權證明書的決定並非在行使自由裁量權，而是進行受約束性的活動，符合《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項規定的訴訟前提。

值得一提的是，儘管一方面司法上訴人在答覆中主張應排除適用《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款 b)項規定，理由是有關行政行為內容並非受羈束，但與此同時，卻又聲稱欲按《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a)項的規定追加合併請求—要求法院命令被上訴實體向其發出居留權證明書。其言下之意，第 24 條第 1 款 a)項的適用似乎無需受制於第 103 條第 1 款 b)項規定的前提。

而倘若悉心研讀有關條文，便不難得出《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a)項規定的合併請求也同樣離不開“應作出內容受羈束之另一行政行為者”這一前提。司法上訴人的此一合併請求的依據與其拒絕變更訴訟形式的理由相矛盾，足見其仍不清楚應以何種法定的訴訟手段最優化地保障其當事人的利益，仍不能破除行政司法上訴包治百病的迷思。

*

綜上所述，考慮到司法上訴人明確拒絕補正起訴狀中的訴訟形式錯誤的瑕疵且變更訴訟形式，本院決定根據《行政訴訟法典》第 12 條第 1 款的規定，初端駁回起訴狀。(Sublinhado nosso)

*

訴訟費用由司法上訴人承擔，司法費訂定為 2UC。

*

在批示轉為確定後，取消已進行之分發，重新按適當的程序類別進行分發。

*

登錄及作出通知。”

Ora, conforme o que está alegado neste despacho, é de verificar que o que está em causa é a forma de processo, relativamente à qual o artigo 394º (Indeferimento liminar) do CPC manda (por força do artigo 1º do CPAC):

1. A petição é liminarmente indeferida:

a) Quando for inepta, nos termos do artigo 139.º;

b) Quando seja manifesto que a acção não pode ser proposta nos tribunais de Macau, nos termos dos artigos 15.º e seguintes;

c) Quando seja manifesta a falta de personalidade judiciária do autor ou do réu, a sua ilegitimidade ou a falta de interesse processual;

d) Quando a acção for proposta fora de tempo, sendo a caducidade de conhecimento oficioso, ou quando, por outro motivo, for evidente que a pretensão do autor não pode proceder.

2. Não é admissível o indeferimento liminar parcial da petição, a não ser que dele resulte exclusão de algum dos réus.

3. Se a forma de processo escolhida pelo autor não corresponder à natureza ou ao valor da acção, manda-se seguir a forma adequada; mas quando não possa ser utilizada para essa forma, a petição é indeferida.

E o artº 12º do CPAC estipula também:

1. Quando haja erro na escolha do meio processual ou do procedimento adequados à satisfação do pedido formulado, transitado o despacho de rejeição liminar e sendo o tribunal competente para o conhecimento daquele pedido, é officiosamente ordenada a baixa na distribuição efectuada e a sua repetição na espécie própria.

2. Na hipótese prevista no número anterior, quando seja outro o tribunal competente para o conhecimento do adequado meio processual ou procedimento, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime previsto no artigo 49.º sempre que o exercício do correspondente direito se encontre sujeito a prazo de caducidade cujo termo ocorra em data anterior à nele prevista.

Nos termos constantes dos normativos citados, ao juiz compete officiosamente “convolar” a forma de processo, e não lançar mão do mecanismo do despacho de aperfeiçoamento.

Aliás, sobre a questão em análise, existe abundância de jurisprudência que a abordou, citando-se aqui alguns exemplos em nome do Direito Comparado (*tendo em conta a proximidade dos sistemas processuais de Macau e de Portugal*):

I - O erro na forma de processo nunca dá origem ao convite para que se corrija a petição nos termos do art. 477.º, n.º 1, do Cód. Proc. Civil. II -

Quando razões particulares não imponham tratamento diverso, também podem ser aplicadas aos requerimentos dos réus as normas relativas ao erro na forma de processo (arts.199.º e 474.º, n.º 3) (Ac. RL, de 2.5.1979: *BMJ*, 293.º-426).

O art. 477.º do Cód. Proc. Civil, convite aos autores para completar ou corrigir a petição, só pode ser utilizado quando este seja irregular ou deficiente e não ocorrendo qualquer dos casos previstos no n.º 1 do art. 474.º do Cód. Proc. Civil (Ac. RE, de 15.1.1981: *BMJ*, 305.º-351).

(...)

A prolação do despacho de aperfeiçoamento preclui a possibilidade de, posteriormente, ser proferido despacho de indeferimento liminar (Ac. RL, de 26.5.1983: *BMJ*, 334.º-524).

I - Tendo sido proferido despacho de aperfeiçoamento de petição, nos termos do art. 477.º do Cód. Proc. Civil, que transitou, é nulo, por ofender caso julgado formal, o subsequente despacho que indeferiu, liminarmente, a petição, por ineptidão. II - Esta nulidade é de conhecimento oficioso (Ac. RL, de 26.5.1983: *Col. Jur.*, 1983, 3.º-129).

(...)

Se o juiz convidou o autor a aperfeiçoar a petição, não pode depois, mesmo que o autor não acate esse convite ou que o aperfeiçoamento efectuado seja insuficiente, proferir despacho de indeferimento liminar (Ac. RC, de 9.7.1985: *BMJ* 349.º-561).

Mutatis mutandis, o raciocínio expandido nesses arestos vale

perfeitamente para o caso dos autos.

Pelas razões apontadas, é de anular o despacho de indeferimento liminar por este carecer de fundamento legal e, por arrastamento, também o despacho de aperfeiçoamento por violar o artigo 397º do CPC (*ex vi* do artigo 1º do CPAC), baixando-se assim os autos ao TA para apreciar a PI e proferir um outro despacho judicial (nomeadamente o de citação/notificação) sem repetir o mesmo vício apontado neste acórdão, salvo se existir outra causa que assim o impeda.

Procede assim, nestes termos, o recurso interposto pelo Recorrente.

*

Síntese conclusiva:

I – Ao abrigo do disposto no artigo 103º do CPAC, a acção prevista neste normativo só pode ser intentada desde que do indeferimento tácito ou do acto administrativo praticado não tenha sido interposto recurso contencioso. Ou seja, se houver recurso, não há acção. O que não significa que o recorrente contencioso não pode, juntamente com o pedido de anulação, de declaração de nulidade ou de inexistência do acto impugnado, cumular um outro pedido para a prática do acto legalmente devido se for de conteúdo vinculado (art. 24.º, n.º1, al. a), do CPAC), desde que estejam verificados todos os requisitos legalmente exigidos.

II – Quando o Recorrente optou pelo recurso contencioso e alegou a “*causa de pedir*” e o “*pedido*” de forma coerente, inteligível e lógica, ao Tribunal não cabe tentar “convencer” o Recorrente a optar por cumular os pedidos através do despacho de aperfeiçoamento e depois indeferir o Requerimento Inicial na sequência do incumprimento pelo Recorrente do “convite de aperfeiçoar”, sob pena de conhecer da questão que lhe não cabe

conhecer nesta sede.

III – Uma vez que, na óptica do Tribunal recorrido, foi incorrectamente optada a forma de processo, mas na verdade não o é, porque o Recorrente só pretende anular o acto recorrido, ao despacho de convite faltou a base legal e como tal o despacho de indeferimento deve ser anulado e também o de convite por arrastamento, visto que violam os artigos 395º, 397º e 571º/1-d) (*com adaptações*) do CPC, *ex vi* do disposto no artigo 1º do CPAC.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V – **DECISÃO**

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do Tribunal de 2ª Instância **acordam em conceder provimento ao recurso,** sentenciando da seguinte forma:

1) – **Revogar o despacho de indeferimento liminar de fls. 144 a 145 e também o despacho de aperfeiçoamento (fls. 121 a 123) por arrastamento,** por violar o preceituado nos artigos 395º, 397º e 571º/1-d) (*com adaptações*) do CPC (*ex vi do artigo 1º do CPAC*), ficando apenas o primeiro requerimento inicial do Recorrente.

*

2) – **Baixar os autos ao TA para proferir um outro despacho judicial nos termos consignados neste acórdão, nomeadamente o de citação/notificação, caso não exista outro obstáculo legal.**

Sem custas.

Notifique e Registe.

*

*

RAEM, 3 de Junho de 2021.

Fong Man Chong

Ho Wai Neng

Tong Hio Fong

Mai Man Ieng