

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Vasco Pereira da Silva
(Coordenação)

António Cândido Oliveira / Vasco Pereira da Silva
Carlos Blanco de Moraes / Isabel Celeste Fonseca
Pedro Machete / João Raposo
Carla Amado Gomes / Ana Neves



TEMAS E PROBLEMAS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o
Contencioso Administrativo



INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

TEMAS E PROBLEMAS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o
Contencioso Administrativo

Vasco Pereira da Silva
(Coordenação)

António Cândido Oliveira / Vasco Pereira da Silva
Carlos Blanco de Moraes / Isabel Celeste Fonseca
Pedro Machete / João Raposo
Carla Amado Gomes / Ana Neves

Edição ICJP 2010
ISBN: 978-989-97410-1-0

INTRODUÇÃO

«Temas e Problemas de Processo Administrativo» reúne algumas das intervenções realizadas no âmbito do Curso de Pós-graduação em Contencioso Administrativo, organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e por mim coordenado. O objectivo do Curso, como agora do livro, era o de convidar alguns dos mais reputados especialistas da doutrina a debruçarem-se sobre a Reforma do Contencioso Administrativo, numa altura em que esta se encontra já consolidada na ordem jurídica portuguesa, por ocasião do seu sexto ano de vigência.

O presente livro reúne as intervenções daqueles, de entre os docentes participantes do Curso, que aceitaram o convite e enviaram o respectivo texto, esperando-se agora que os demais participantes possam ainda enviar as suas intervenções, à medida que se realizem posteriores cursos de pós-graduação, os quais poderão dar origem a futuras edições da obra, no sentido de completar a análise das principais questões processuais da Justiça Administrativa. A forma de e-livro, para além da novidade, pareceu assim ser uma boa forma de realizar este desiderato de “um livro em construção”, permitindo avançar com os estudos já disponíveis, sem prejuízo dos que poderão chegar depois.

Vasco Pereira da Silva

ÍNDICE

- 1- [ANTÓNIO CÂNDIDO OLIVEIRA](#), «A Organização Judiciária Administrativa e Fiscal» pag. 7
- 2- [VASCO PEREIRA DA SILVA](#), «“Do Velho se Fez Novo”». A Acção Administrativa Especial de Anulação de Acto Administrativo» pag. 34
- 3- [CARLOS BLANCO DE MORAIS](#), «A Impugnação dos Regulamentos no Contencioso Administrativo Português» pag. 85
- 4- [ISABEL FONSECA](#), «Os Processo Cautelares na Justiça Administrativa - Uma Parte da Categoria da Tutela Jurisdicional de Urgência» pag. 121
- 5- [PEDRO MACHETE](#), «Processo Executivo» pag. 165
- 6- [JOÃO RAPOSO](#), «Revisitando a Tramitação da Acção Administrativa Especial» pag. 183
- 7- [CARLA AMADO COMES](#), «Reflexões Breves sobre a Acção Pública e a Acção Popular na Defesa do Ambiente» pag. 201
- 8- [ANA NEVES](#), «Contencioso da Função Pública» pag. 221

A organização judiciária administrativa e fiscal

António Cândido Oliveira¹

I- Introdução¹

Para uma melhor compreensão dos problemas da organização judiciária administrativa e fiscal, importa compará-la com a jurisdição cível (na qual incluímos a laboral e a comercial), deixando de lado a jurisdição penal, cuja finalidade mais visível é condenar, através de um processo justo, as pessoas que praticam crimes (e só estas).

A jurisdição cível aprecia questões que surgem entre cidadãos. Todos temos experiência disso (o arrendatário que entra em litígio com o senhorio, o credor com o devedor, o proprietário com o vizinho, o marido com a mulher, o herdeiro com o beneficiário de um testamento, o sócio com a sociedade). Aqui a nota dominante é que estamos, em regra, perante litígios entre particulares, ainda que, frequentemente, estes não sejam pessoas físicas, mas pessoas colectivas de direito privado (sociedades, associações e outras). O mesmo não sucede na jurisdição administrativa e fiscal. Aqui estamos perante uma situação diferente. Trata-se, em regra², de litígios que opõem cidadãos a um poder público e não a outro cidadão. Do que se trata aqui é da actuação de um poder público (a Administração) que pode violar direitos dos cidadãos. O cidadão lesado nos seus direitos busca naturalmente a reparação ou a prevenção de uma possível lesão.

Estas particularidades da jurisdição administrativa e fiscal compreendem-se melhor à luz do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes que lhe está ligado. O Estado de Direito, como sabemos, exige a separação entre os poderes públicos (por oposição à concentração dos poderes própria dos Estados autoritários) e exige também que

¹ Doutor em Direito. Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Texto que, sem prejuízo de algumas alterações e actualizações, servirá de base para a sessão do Curso de Pós-Graduação em Contencioso Administrativo da Faculdade de Direito Universidade de Lisboa e que, por sua vez, tem como fonte o livro “Organização Judiciária Administrativa e Tributária” que publicamos em 2003 e segue de perto um artigo publicado na revista Scientia Iuridica, n.º 301, Jan-Mar. 2005, pp. 59-88

² Pode haver, como sabemos litígios entre entes públicos e também entre entes particulares mas exercendo um destes poderes públicos (sociedade privada concessionária de serviços públicos).

os cidadãos possam aceder aos tribunais para obter reparação³ contra as lesões que sofram ou possam sofrer nos seus direitos. A separação dos poderes exige, também o sabemos, tribunais independentes e imparciais para administrar a justiça (poder judicial), exige ainda um poder com a missão primordial de fazer leis (poder legislativo) e também um poder com a missão de executar as leis e satisfazer interesses públicos (poder administrativo).

Prestemos um pouco mais de atenção ao poder administrativo de que a Administração é, em regra, o titular. Este poder quase passava despercebido nas teorias de separação dos poderes que estudámos (principalmente Locke e Montesquieu). A atenção maior era dirigida para o poder legislativo e para o poder judicial, acentuando-se sempre a importância da independência deste para defesa dos cidadãos contra o arbítrio. Esta formulação da teoria da separação de poderes, que praticamente ignorava a Administração, foi muito bem realçada por García de Enterría⁴. Este autor lembrava que essa referência apagada à Administração Pública estava de acordo com as doutrinas liberais do século XIX. A Administração deveria ter um papel mínimo acantonada na defesa da segurança das pessoas e na arrecadação de impostos (que se desejava, mesmo assim, fossem poucos).

Não foi esta concepção mínima (quase marginal) da Administração Pública que prevaleceu (se é que alguma vez foi tão mínima quanto se fez acreditar) e, pelo contrário, quer na Europa continental, quer na Inglaterra, o poder executivo, a Administração, foi crescendo sempre e tomou um importante lugar na separação dos poderes. Sabemos porquê. O Estado passou a intervir nos mais variados domínios e essa intervenção obrigou à existência de uma máquina administrativa poderosa. A intervenção começou por ser feita através de leis, mas a execução destas só poderia ter lugar por meio da Administração. Os exemplos estão à vista. Quando o legislador entendeu regular as condições de vida dos trabalhadores nas fábricas, foi preciso criar organizações que vigiassem o cumprimento das leis nomeadamente os horários de trabalho e o trabalho de mulheres e crianças. Quando o legislador entendeu dar assistência aos pobres, foi preciso criar organizações assistenciais para concretizar a vontade legislativa. Quando o legislador entendeu difundir e até tornar obrigatória a educação escolar, foi preciso criar instituições de ensino, organizar programas, regular exames e fazer inspecções. Quando considerou importante cuidar da saúde das pessoas, foi necessário criar instituições hospitalares e contratar médicos e enfermeiros. O desenvolvimento económico, principalmente o industrial, determinou, por sua vez, a proliferação de leis e regulamentos que sujeitavam a licenciamento as mais variadas

³ Pode também tratar-se de uma prevenção perante a ameaça de uma ofensa

⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA – *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2ª ed., Madrid, 1981

actividades. Só em Portugal de pouco mais de 25 mil pessoas ao serviço do Estado em princípios do século XX passou-se para mais de 600 mil década de oitenta e o número continuou a subir até aos nossos dias. Repare-se que este crescimento não se operou, na mesma medida, no poder legislativo ou no poder judicial. Operou-se essencialmente no poder administrativo.

E o que se pedia à Administração? Pedia-se (e pede-se) que, dentro da lei (princípio da legalidade mais tarde apurado com a designação de princípio da juridicidade), satisfizesse os importantes interesses públicos que lhe eram postos a cargo. A Administração prossegue assim o interesse público tal como este é definido pela lei e de acordo com ela. Mas, se a Administração, ao exercer a sua actividade, actua arbitrariamente, violando os direitos ou interesses dos cidadãos ou não prossegue o interesse público? Aqui reside o problema. E não é pequeno, pois agora não estamos perante um conflito entre particulares (cidadãos ou empresas) mas um conflito entre um particular⁵ e um poder público dotado de poderes próprios. Acresce ainda que o princípio da separação dos poderes manda os tribunais julgar, mas impede-os de administrar e assim não lhes permite invadir o terreno próprio da função administrativa.

De qualquer modo, este problema resultante da separação de poderes não pode ser motivo para impedir os tribunais de julgar e de julgar os actos ou omissões da Administração lesivos dos direitos dos particulares. A Administração Pública era (e é) um poder público que devia ser respeitado, mas não podia ferir os direitos dos cidadãos. Jogava aqui o outro pilar do Estado de Direito, já referido, que era o do acesso dos cidadãos aos tribunais para defender os seus direitos e interesses quando violados ou ameaçados.

Era necessário encontrar aqui soluções e soluções equilibradas. Soluções, ou seja, remédios para os males causados pela Administração e soluções equilibradas, isto é, dentro do respeito pela separação dos poderes. Esta foi - e tem sido - uma questão difícil de resolver e tem, ainda hoje, a sua pedra de toque na execução das sentenças dos tribunais administrativos. Repare-se que se for necessário impor a força para fazer valer uma decisão judicial contra a Administração é preciso utilizar os meios da Administração (é esta que possui a força) contra ela própria. Convenhamos que não é fácil. Pelo contrário, este uso da força já se torna mais simples quando a decisão judicial resolve um conflito entre particulares, pois a Administração está de fora.

⁵ Mesmo que se trate de um funcionário a defender os seus direitos como trabalhador.

II – Uma perspectiva histórica, incluindo alguns países europeus

A) Da Revolução Francesa até meados do século XX

Nada melhor que uma perspectiva histórica, englobando a experiência de alguns países europeus para ver a delicadeza deste problema. Deixamos de lado o período anterior ao liberalismo, não porque não tenha importância, mas porque pertence a um mundo com quadros diferentes daqueles que hoje temos. Vamos centrar-nos, por isso, no período posterior. O liberalismo estabeleceu, como dissemos, a separação dos poderes e ao estabelecer a separação dos poderes trouxe ao de cima um problema: o das relações entre o poder judicial e o poder executivo no qual se encontrava a Administração.

Sobre a subordinação destes ao poder legislativo não havia dúvidas. A lei estava acima de ambos. O problema era a relação entre a Administração e os Tribunais e particularmente o de saber o que poderia fazer o cidadão vítima de arbitrariedades do poder administrativo. A solução era, aparentemente, fácil. Os poderes estavam separados: um exercia a função administrativa, outro a função jurisdicional; e se a função administrativa exorbitasse das suas funções e violasse direitos os cidadãos aí estava o poder judicial para tomar conhecimento dessas violações. Não era uma interferência do poder judicial no poder administrativo era o exercício da função jurisdicional relativa a comportamentos de quem violava os direitos dos cidadãos. Isto era evidente já naquele tempo e não só evidente como praticável. E houve um país que seguiu essa via. Foi a Bélgica.

a) A solução judicialista belga

Na perspectiva histórica costuma esquecer-se (ou deixar à margem) a Bélgica e não nos parece bem que assim se proceda por três razões: a Bélgica é um país pequeno como o nosso e que, por esse motivo, há interesse em acompanhar; acresce que recebeu, como Portugal, profunda influência francesa e adoptou uma solução oposta à da França. Por fim, a solução belga foi mencionada recorrentemente nas disputas que durante o século XIX ocorreram em Portugal sobre a justiça administrativa.

Como é sabido, neste ponto, costuma falar-se da França e da Inglaterra e da velha e muito interessante polémica entre Dicey e Hauriou. Falaremos da França e da Inglaterra mais adiante. A Bélgica seguiu a solução dita judicialista, isto é, entregou aos tribunais judiciais a resolução dos conflitos entre os cidadãos e a Administração. Aliás, procedeu assim para se afirmar perante a França. Tendo estado sujeita a este país até 1815, tendo

experimentado fortes intromissões da Administração na vida dos Tribunais e tendo sofrido a mesma experiência de intromissão no período de 1815 a 1830 em que esteve submetida à Holanda (principalmente na parte final), a Bélgica optou, sem prejuízo da separação dos poderes, pela submissão dos litígios em que eram partes cidadãos e a Administração aos tribunais. Isto é, respeito pela separação dos poderes até ao fim com a consequente entrega das questões judiciais aos tribunais. Não é, na verdade, o facto de a Administração ser parte num litígio que torna este “administrativo” e não judicial. Sempre que se trata de resolver uma questão de direito é aos tribunais que cabe a resolução independentemente das partes que estão envolvidas.

E, assim, a Constituição belga de 1831 atribuiu aos tribunais comuns a resolução das questões entre os cidadãos e a Administração sobre direitos civis e direitos políticos (estes, em regra, pois ficou aberta a porta para excepções). Questão diferente é a de saber como funcionou este sistema, mas isso é assunto para falarmos mais adiante.

b) A solução administrativista francesa

A França não seguiu, já o dissemos, essa via. Todos falamos nesta matéria da solução francesa, do seu modelo administrativista por oposição ao modelo judicialista. O que se passou?

A lei sobre a organização judiciária de 16-24 de Agosto de 1790 determina, por um lado, que as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas e, por outro, que os juízes não poderão, sob qualquer forma, perturbar as operações das autoridades administrativas nem de citar perante eles os administradores por virtude das suas funções. Isto, afirma-se, determinou o regime administrativo francês. A primeira parte do preceito consagrou a separação dos poderes e a segunda parte a proibição dos tribunais de julgar a administração.

No entanto, há quem defenda que não é essa a única interpretação dessa norma¹. Há quem defenda que esse preceito apenas estabeleceu aquilo a que o princípio da separação dos poderes obriga: colocar a função administrativa nas mãos dos administradores e a função judicial nas mãos dos juízes. A proibição dada aos juízes de citar perante eles os agentes da administração era estabelecida apenas para o que tocava o exercício de funções administrativas e, assim, se houvesse uma questão judicial para resolver ela deveria ser resolvida pelos juízes ainda que uma parte fosse a Administração (e isto porque julgar é tarefa dos juízes). É a separação dos poderes que o exige. Nesta linha

¹ P. SANDEVOIR –Études sur le recours de pleine juridiction, Paris, 1964 ; J. CHEVALLIER – L'élaboration historique du principe de la juridiction administrative et de l'administration active, Paris, 1970

de raciocínio, pôr a Administração a resolver litígios em que é parte constituiria uma violação do princípio da separação dos poderes.

De qualquer modo, por razões várias, a solução judicialista não foi seguida. A desconfiança dos revolucionários perante os tribunais judiciais (tradicionalmente nas mãos da nobreza e por isso suspeitos de serem adversos ao novo regime); a vontade de conferir liberdade de acção à Administração e ainda a tradição do Antigo Regime que tinha levado o Rei a chamar a si as questões em que estivesse envolvido o Estado (Édit de Saint-Germain de 1641) conduziu a uma solução de natureza administrativa. Nesse sentido apontou uma lei de Setembro de 1790 e durante cerca de 10 anos os litígios que surgissem por acção ou omissão da Administração eram, por esta mesma, resolvidos.

Em 1799, já por intervenção de Napoleão Bonaparte, foram criados ao lado dos órgãos da Administração activa, órgãos de administração consultiva. Instituiu-se, a nível central, o Conselho de Estado que depois de algumas dificuldades de organização albergou, a partir de 1806, uma secção do contencioso à qual foi confiada a apreciação de litígios em matéria administrativa. O Conselho de Estado apenas emitia consultas sobre essas questões, ficando a decisão nas mãos do Imperador. Mas essas consultas eram proferidas após observância de regras processuais e quase sempre acolhidas.

A solução encontrada em França para resolver os litígios tinha ainda órgãos a nível local os “conselhos de prefeitura” que tinham uma forte dependência do Prefeito (autoridade colocada à frente dos cerca de 80 departamentos criados depois da Revolução) e embora as suas decisões tivessem mais força do que as consultas (eram deliberações vinculativas) delas era sempre possível recorrer para o Conselho de Estado e, por essa via, as decisões acabavam por ficar, pelo menos formalmente, na dependência da administração activa.

Importa referir aqui um aspecto que anda muitas vezes esquecido. Estes órgãos só intervinham, em regra, para resolver questões em que estivessem em causa direitos subjectivos dos litigantes.

A construção do recurso contencioso de anulação que fez a fama do sistema francês e nos termos do qual se poderia invocar não a lesão de um direito subjectivo, mas de um interesse legítimo teve de percorrer um longo caminho. Só depois de 1830 o Conselho de Estado começou a admitir o alargamento da legitimidade para recorrer e admitir recursos de quem invocava não a violação de um direito, mas apenas a violação de interesses. Alguém que pretendia, invocando apenas um interesse, que a legalidade fosse restabelecida tinha agora um meio ao seu alcance. Este recurso mereceu os favores da lei e

assim para o interpor dispensava-se a assistência de advogado e de custas. Era o interesse da defesa da legalidade. A sua consagração legal só se verifica muito mais tarde (por uma lei de 1872).

Nesta matéria de fiscalização dos actos da Administração Pública é preciso ter em conta também para uma mais abrangente compreensão que, desde o princípio do século XIX, sempre houve, em França, litígios cuja resolução foi confiada aos tribunais comuns apesar de não ser essa a regra estabelecida como vimos. Foi ainda Napoleão que, para evitar os problemas que poderiam trazer as questões relativas a expropriações as confiou aos tribunais comuns (nomeadamente as disputas relativas a indemnizações) e também fez o mesmo em relação a certos impostos mais controversos.

De mencionar ainda que em França foram mantidas jurisdições especiais tradicionais, principalmente confiadas a órgãos colegiais profissionais².

c) Os problemas do sistema belga

Temos assim dois modelos o administrativista francês e o judicialista belga. E como funcionaram? Uma resposta muito natural seria esta: não há dúvida que a Bélgica seguiu o melhor caminho e daí uma melhor solução. Nada mais errado! Os tribunais judiciais belgas contiveram demasiado a sua actuação, fazendo uma interpretação restritiva do que deveria entender-se por direitos (nomeadamente direitos políticos) e demonstraram uma preocupação excessiva de não se intrometerem na actividade da administração. O que era feito pela Administração era respeitado mesmo que não merecesse respeito... Ficaram famosos dois casos contados por um autor belga de nome Bourquin, em 1912³.

A Administração belga ordenou a expulsão de um cidadão holandês. Este cidadão impugnou jurisdicionalmente a decisão e um tribunal de 1ª instância belga deu-lhe razão. Tendo havido recurso para o tribunal de Bruxelas este invocou, para anular a decisão do tribunal de 1ª instância, a “incompetência dos tribunais para dirigir ordens às autoridades administrativas”. Pesou aqui o seguinte raciocínio: se a Administração dá uma ordem para expulsar, ela lá sabe porque o que faz (exercício da actividade administrativa) e não vão ser os tribunais a tomar a responsabilidade de manter o cidadão no país. Outro a caso célebre foi o de uma cidadã belga que trabalhava num cabaré e que foi obrigada a submeter-se às visitas sanitárias destinadas a prostitutas. A cidadã Apoline Meeus recusou-se, alegando que

² R. CHAPUS – Droit du contentieux administratif, 9ª ed., 2001.

³ M.BOURQUIN – La protection des Droits Individuels contre les Abus de Pouvoir de l’Autorité Administrative en Belgique, Bruxelas, 1912, pp. 60 e ss.

não era prostituta. O Supremo Tribunal, no entanto, entendeu que era incompetente para controlar o fundamento de um acto da administração que tinha ordenado a inscrição de uma mulher no registo das “mulheres públicas”. Também aqui o raciocínio foi idêntico: se a Administração a registou, ela lá sabia o que fazia; e estando registada tinha de submeter-se às visitas. De nada valeu o facto de em tribunal de primeira instância Apoline ter sido admitida a provar (e provou) que não era prostituta e conseqüentemente ter sido proferida decisão que a libertava de tais visitas. O “avocat général” junto do Supremo Tribunal bem sustentou que recusar o controlo judiciário da inscrição seria entregar a mulher à arbitrariedade da Administração, violando o seu direito à liberdade individual e violando também a organização legal e constitucional da Bélgica. Mas o tribunal superior invocou o princípio da separação dos poderes, dizendo que este se opõe a que os tribunais conheçam os actos da administração para sustentar ou paralisar os seus efeitos.

Este caso é tão significativo que foi utilizado por Michel Leroy para abrir o seu manual de contencioso administrativo (edição de 1996) para vincar onde podem chegar as coisas se o poder da Administração não é controlado. Neste contexto, compreende-se o lamento de um político belga em 1906: “ Nós temos as instituições menos completas, as menos boas da Europa no que respeita à Administração. Em nenhuma parte ela tem poderes tão extensos e em nenhuma parte os abusos por ela praticados comportam menos remédios. Em França, há o Conselho de Estado ao qual se pode recorrer em numerosos casos. Mas aqui quando a Administração fala, tudo está dito”⁴.

A França, apesar de fazer justiça administrativa através do Conselho de Estado e não dos tribunais comuns, demonstrou estar em condições de a controlar mais eficazmente e foi aperfeiçoando esse controlo. Com muitas deficiências, certamente. Mas também com muitos aspectos positivos. O Conselho de Estado era um órgão muito respeitado e os seus membros conheciam bem a Administração não tendo problemas em indagar com detalhe o que esta fazia e sindicar o que não estava conforme à lei.

d) Sobre a Inglaterra

Mas poderíamos pensar que as coisas eram diferentes na Inglaterra⁵. Num país de largas tradições democráticas o controlo judicial da Administração seria outra coisa. Acresce que se trata de uma administração não executiva, ou seja, a administração não tem poderes perante os cidadãos que lhe permitam impor unilateralmente a sua vontade. São as

⁴ M. LEROY – *Contentieux Administratif*, Bruxelas, 1966, p. 57

⁵ Ao falar da Inglaterra devemos ter muito cuidado dadas as particularidades das suas seculares instituições e o que a seguir vai escrito deve ser lido tendo isso em atenção.

conhecidas ideias de Dicey⁶. Mas porventura temos de refazer algumas das ideias que temos, nesta matéria, sobre a Inglaterra.

Dicey afirmava que na Inglaterra, ao contrário do que sucedia na França, as autoridades públicas estavam no mesmo pé que os cidadãos. Elas não possuíam, por tal razão, poderes exorbitantes e muito menos gozavam de jurisdição especial (tribunais administrativos) para dirimir os conflitos que surgissem. Ora, estas afirmações de Dicey devem ser vistas, por um lado, tendo em conta a realidade da Grã-Bretanha na altura em que foram inicialmente escritas (a máquina administrativa inglesa era ainda muito débil) e, por outro, devem também ser revistas, dada a evolução que foi ocorrendo da realidade insular. Aliás, as ideias de Dicey foram, desde logo, sujeitas a críticas com base na falta de atenção à realidade inglesa, sendo interessante ler um artigo de Edmund Parker publicado na *Harvard Law Review*⁷, em 1905, no qual se dizia que era desconhecer o direito inglês afirmar que este não reconhecia direitos, privilégios e prerrogativas perante os cidadãos ou, por outras palavras que as autoridades públicas estavam na mesma situação que os cidadãos uns com os outros. Um olhar pela literatura jurídica de Inglaterra da primeira metade do século XX mostra-nos um conjunto muito significativo de privilégios da Coroa que limitavam fortemente os direitos dos súbditos. Ainda sobre Dicey, um autor alemão W. Friedmann doutor em Direito pela Universidade de Berlim e de Londres criticava Dicey, responsabilizando-o em boa parte pelo atraso do direito administrativo na Inglaterra e pela difusão errada de que não havia privilégios e imunidades da Coroa⁸.

É verdade que os cidadãos podiam ter acesso aos tribunais ordinários, dotados de meios amplos de actuação perante a Administração, mas a verdade é que este acesso para além de complicado e caro (ainda hoje sujeito a uma permissão – “leave” - do próprio tribunal), deixava sem protecção certas situações quando estava em causa a Coroa, devendo ter-se ainda em conta que os prazos para atacar actos das autoridades administrativas eram curtos.

Elucidativos sobre a debilidade da protecção judicial dos cidadãos são dois casos apresentados por C. J. Hamson, um professor de Direito Comparado de Cambridge, que estudou o funcionamento do Conselho de Estado francês e que escreveu um livro traduzido para francês em que relatou essa experiência⁹. Um taxista queixou-se contra uma

⁶ A.V. DICEY – Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10ª ed., Londres, 1959.

⁷ E. M. PARKER – State and Official Liability, *Harvard Law Review*, vol. XIX, 1905-1906, pp. 335 e ss.

⁸ W. FRIEDMANN – Law in a Changing Society, Londres, 1964, pp. 275-277

⁹ C. J. HAMSON - Pouvoir Discretionnaire et Controle Juridictionnel de l'Administration, Paris, 1958, pp. 22 e ss.

autoridade de polícia que lhe retirou a sua licença de exercício da sua actividade. A autoridade administrativa invocou para o efeito que estava habilitada para tal por um regulamento que prescrevia que a licença podia ser retirada se a autoridade entendesse que o seu titular *não estava apto* para a conservar. Chamada a decidir sobre este assunto, a *High Court* deliberou que não podia intervir neste caso, usando um dos remédios à sua disposição nomeadamente o de *certiorari* (hoje *quash*). E isto porque o *court* não tinha que se imiscuir na actividade administrativa. Se a autoridade dizia que a licença tinha que ser retirada *por o taxista não estar apto*, tudo estava bem perante o *court*. Não era preciso dar razões.

No outro caso apresentado por Hamson tratava-se de um cidadão que tinha sido internado ao abrigo de disposições legais e o problema era a fundamentação dessa decisão de internamento. O regulamento para ordenar o internamento (detenção) dizia: “Se o Secretário de Estado do Interior possui um motivo razoável para pensar que uma pessoa é de origem inimiga ou tem ligações com o inimigo ou que se encontrou recentemente implicada em actividades prejudiciais à segurança pública e à defesa do reino (...) o Secretário de Estado pode ordenar que seja internada”. Ora o *Court* (secção da Câmara dos Lordes) chamado a pronunciar-se considerou que o Ministro estava no direito de não dar qualquer explicação sobre as razões que o tinham levado a emitir a ordem de internamento. Bastava que o ministro declarasse que tinha um motivo razoável (*reasonable cause*). Isto espantou o interlocutor francês de Hamson, membro do Conselho de Estado, que procurou saber a fundo se as coisas se poderiam passar assim na Inglaterra. E podiam!

Assim, o controlo judicial da Administração estava e está muito longe de ter a superioridade e de ser a perfeição que Dicey pretendeu transmitir. Ainda sobre a Inglaterra, muito há para dizer que não cabe no âmbito desta intervenção. Principalmente, a partir do início do século XX ocorreu o fenómeno de intervenção da Administração nos mais diversos domínios, tendo surgido leis para regular tais intervenções e tendo sido criados ao mesmo tempo (por essas mesmas leis) órgãos para dirimir os conflitos que daí pudessem decorrer. Esses órgãos receberam, em regra, o nome de *tribunals* (*administrative tribunals*). Eles davam aparentemente uma garantia de justiça barata e pronta que os *courts* nunca dariam¹⁰. Mas tinham problemas sérios tais como a sujeição aos departamentos ministeriais e o pouco cuidado posto no preenchimento dos cargos de quem tomava as decisões sobre os litígios. Ao longo do século XX vamos assistir a constantes esforços para melhorar os

¹⁰ Aliás, algumas leis atribuíram inicialmente aos *courts* a solução de tais questões, mas estes não provaram bem, ficando inundados de processos e o legislador passou a utilizar os *tribunals*. Isto não aconteceu sem críticas, falando-se a este propósito de um novo despotismo (cfr. LORD HEWART OF BURY – *The New Despotism*, Londres, 1929)

tribunals, tendo desempenhado, nesse aspecto, um papel fundamental o relatório Franks (1957).

Este relatório foi seguido de legislação conforme que colocou os *tribunals* na órbita da administração da justiça, ainda que mantivessem muitas debilidades que foram objecto de particular atenção muito mais tarde no importante relatório Leggatt elaborado em 2001 e que será ulteriormente objecto de referência.

e) Um relance sobre alguns países da Europa

Olhemos rapidamente outros três países da Europa. Se a situação na Bélgica, na França e na Inglaterra, neste período, estava longe de ser a ideal na defesa dos direitos dos cidadãos perante a Administração, a situação era mais complicada ainda nos restantes. A Itália, apesar de tudo, ainda pôs de pé uma organização interessante e relativamente estável. Começou por seguir o modelo belga de atribuição da jurisdição aos tribunais judiciais (1865) mas, passados pouco mais de 20 anos (1889/1890), passou para um sistema misto. Os tribunais ordinários conheciam dos litígios relativamente a direitos e o Conselho de Estado e as “juntas provinciais administrativas” as questões em que estavam em causa meros interesses legítimos. Por sua vez, a Espanha, tal como a Alemanha, passou o século XIX e a primeira metade do século XX a fazer tentativas de aperfeiçoamento da justiça administrativa do ponto de vista organizatório com resultados que estiveram longe de ser satisfatórios. Depois de um agitado período de implantação do liberalismo, a Espanha introduziu em 1845 um sistema administrativista de inspiração francesa com o Conselho de Estado e os conselhos provinciais, passou, em 1868, para um sistema judicialista e adoptou depois, em 1888, um sistema dito harmónico ou misto (com tribunais compostos por magistrados e funcionários), assim se mantendo até 1956. A Alemanha tentou também várias experiências e acabou por instituir também tribunais do contencioso administrativo com participação mista (Hesse e Prússia).

f) A questão organizatória em Portugal

Portugal andou sempre, durante o século XIX e princípios do século XX, à procura de uma organização judiciária em matéria administrativa satisfatória sem o conseguir. Estiveram sempre presentes duas correntes: uma mais conservadora que preconizava a solução administrativista e outra mais liberal, defendendo o sistema judicialista de inspiração belga. Começou pelo primeiro modelo com o Conselho de Estado e conselhos de distrito à moda francesa e tentou, por vezes, o segundo, nomeadamente na I República. Foi o modelo administrativista que prevaleceu e refira-se, como ponto alto, a organização, entre 1886 e 1892, de uma estrutura constituída por tribunais administrativos distritais

compostos de 3 juízes e pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA). A estabilização do nosso modelo operou-se apenas em 1933 com três auditorias administrativas e um STA. As auditorias passaram a duas em 1941. É o tempo de Marcello Caetano que se vai prolongar por cinco décadas, marcando profundamente todo o nosso contencioso administrativo. Sobre as debilidades não só organizatórias, mas intrínsecas, do contencioso administrativo português importa ler o artigo que este ilustre administrativista publicou na revista “O Direito”, em 1930¹¹.

Muito crítico, M. Caetano atribui a fraqueza do nosso contencioso administrativo não só à instabilidade organizatória como ao atraso da doutrina que não acompanhou a evolução francesa do alargamento da legitimidade activa aos titulares de interesses legítimos (e não apenas aos titulares de direitos subjectivos) e desse modo a uma maior fiscalização da Administração. De um modo incisivo escreveu: “(U)m contencioso limitado a poucos actos e fechado a raros cidadãos, corresponde a uma suave fiscalização jurisdicional sobre a administração activa e portanto à maior tendência dos agentes desta para exorbitar”; e acrescentou: “ (O) fácil acesso aos tribunais, a restrição do domínio reservado ao poder administrativo, representa, pelo contrário, uma considerável segurança contra as investidas da autoridade e da burocracia, pois não só o cidadão poderá em muitos casos ver reparada a ofensa que lhe foi feita, como os próprios agentes do serviço público se tornam mais fiéis respeitadores da lei, no temor de que se descubra e proclame a incorrecção do seu procedimento”¹².

Ao mesmo tempo em Portugal (e ao contrário de outros países como a França) estabeleceu-se uma organização judiciária própria em matéria em matéria aduaneira (auditorias fiscais e Tribunal Superior do Contencioso Fiscal) e em matéria tributária com tribunais especiais de 1ª instância (distritais), tribunal de 2ª instância e Tribunal Superior do Contencioso das Contribuições e Impostos. Não durou muito tempo sem alterações esta organização e, em 1933, o Supremo Tribunal Administrativo absorveu estes tribunais superiores.

g) Uma perspectiva geral deste período

Num olhar sobre este período verificamos que não foi fácil avançar no controlo da Administração Pública e constatamos ainda o paradoxo de um país (Bélgica), que seguiu a via judicialista do controlo da Administração Pública, ter tido menos sucesso que outro país (França) que seguiu uma via mais próxima da Administração.

¹¹ M. CAETANO – Sobre o problema da legitimidade das partes no Contencioso Administrativo português, in “O Direito”, n.º6, Junho de 1933, ano 65.º, pp. 162 e ss

¹² M. CAETANO – Sobre o problema da legitimidade..., p. 162

Verificamos também que a instabilidade organizatória de muitos países, como Portugal e Espanha, não permitiu que se vissem resultados, tendo a justiça administrativa chegado a meados do século XX em estado muito pouco satisfatório¹³.

B) Depois do início da segunda metade do século XX (fim da II Guerra Mundial)

O fim da II Guerra Mundial (1939-1945) veio trazer uma profunda revolução no domínio da justiça administrativa e assim na respectiva organização. O Estado de Direito consolidou-se e com ele o controlo judicial da Administração Pública. Em todos os países que adoptaram regimes democráticos foram dados passos, que continuam nos nossos dias, para o estabelecimento de uma organização judiciária bem estruturada acompanhada de meios processuais muito mais eficazes. Passos que nuns países foram mais rápidos, noutros menos.

1- A solução alemã: pluralismo da organização judiciária

A Alemanha foi um exemplo acabado de estruturação de uma organização judiciária bem conseguida dentro do princípio do pluralismo da organização judiciária. Houve previamente uma discussão sobre o princípio da unidade da organização judiciária e o princípio do pluralismo, acabando este por vencer. Assim, temos hoje uma organização judiciária em matéria administrativa com 52 tribunais administrativos de 1ª instância, tendo cada um destes tribunais várias secções. Depois, uma segunda instância com 16 tribunais administrativos superiores (tantos quantos os Länder). E, na cúpula, existe o Tribunal Federal Administrativo (Leipzig). A reforma da organização judiciária foi acompanhada por uma não menos importante reforma do processo administrativo (acolhendo o princípio da tutela judicial efectiva dos direitos subjectivos dos cidadãos) ainda hoje em vigor nos seus traços fundamentais e que inspirou, em larga medida, a nossa reforma de 2002.

A Alemanha possui também, em separado, uma organização judiciária tributária com 19 tribunais tributários em 1ª instância (com formações de julgamento de 3 magistrados profissionais e 2 não profissionais) e o Tribunal Federal Fiscal ou Tributário na cúpula. A organização judiciária da segurança social é também autónoma e conta com

¹³ M. CAETANO - Sobre o problema da legitimidade..., p. 162 e ss; J. GONZÁLEZ PÉREZ - Evolución de la Legislación Contencioso-Administrativa, in *RAP*, n.º 150,1999, pp. 222 e 230.

69 tribunais de 1ª instância, 16 tribunais de 2ª instância (um por cada Land) e um Tribunal Federal com sede em Kassel.

2- *A solução espanhola: tribunais especializados dentro de uma jurisdição única*

A Espanha, ainda no período da ditadura, deu um grande passo em frente, colocando-se na primeira linha da evolução da organização judiciária. Estabeleceu a unidade de jurisdição com tribunais especializados. Saber como foi possível, em 1956, dar um passo tão importante neste ramo da justiça é ainda hoje, em Espanha, tema de discussão¹⁴. Assim, havia uma primeira instância com audiências territoriais de âmbito regional (ainda que as regiões fossem então meras circunscrições administrativas), tendo uma secção do contencioso administrativo para conhecer das questões locais e de âmbito regional e o Supremo Tribunal de Justiça com uma secção do contencioso administrativo para conhecer das questões de âmbito nacional. Problemas não resolvidos foram apenas os relativos aos limites decorrentes de um processo judicial muito marcado pela influência francesa a que acresceram os obstáculos postos pelo regime autoritário então vigente.

Em 1977, já no regime democrático, criou-se a Audiência Nacional com sede em Madrid e uma secção do contencioso administrativo¹⁵ para conhecer de questões relativas a órgãos de competência nacional mas situados abaixo das comissões delegadas do Governo. Foi uma forma de diminuir a carga de trabalho da secção de contencioso do Supremo Tribunal de Justiça o que nos faz pensar no nosso Tribunal Central Administrativo criado muito mais tarde. Em 1998, houve uma importante ampliação da organização judiciária bem como dos meios processuais de forma a garantir melhor a tutela judicial efectiva dos direitos dos cidadãos. Assim, foram criados, nomeadamente, tribunais de 1ª instância (*juzgados do contencioso administrativo*), cobrindo todo o território de Espanha (mais de 100), ainda que com competência limitada (enumeração por lista). Com competência geral e de recurso das decisões dos *juzgados* continuaram as secções do contencioso administrativo dos Tribunais Superiores de Justiça (um em cada comunidade autónoma), a secção do contencioso administrativo da Audiência Nacional e, na cúpula, a secção do contencioso administrativo do Supremo Tribunal de Justiça.

¹⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ – Evolución de la Legislación Contencioso-Administrativa..., pp. 209 e ss.

¹⁵ A criação da Audiência Nacional está muito ligada ao problema do terrorismo em Espanha, tendo importantes competências em matéria de justiça penal e uma secção a esta destinada.

3- *A evolução em França*

Em França, depois da II Guerra, em 1953, os conselhos de prefeitura foram extintos e, em seu lugar, foram criados *tribunais administrativos* de 1ª instância, com o encargo de conhecer também questões que até aí afogavam o Conselho de Estado. Ficou assim estabelecida uma rede de tribunais administrativos de 1ª instância que hoje são 35, dos quais 27 na metrópole. Em 1987, foram criados tribunais administrativos de apelação (actualmente 7). E no centro do sistema¹⁶ mantém-se o Conselho de Estado. Em França, continua a haver jurisdições administrativas especializadas, mas sofrendo grandes críticas¹⁷. Há também um tribunal dos conflitos (que não existe na Alemanha) mas com uma composição diferente, para melhor, da do português. E há um órgão de auto-governo que é o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos (de 1ª instância e de apelação) e que não abrange os membros do Conselho de Estado. Estas alterações organizatórias foram sendo acompanhadas por significativos avanços dos meios colocados ao dispor dos juizes dos tribunais administrativos para obrigar as autoridades administrativas a cumprir as determinações por eles tomadas¹⁸.

Este avanço não foi tão longe quanto se desejaria, considerando-se que a Alemanha possui meios processuais mais eficazes de controlo judicial da Administração para garantia dos direitos subjectivos dos cidadãos, mas deve ter-se em conta que o acesso à justiça administrativa está de certa forma mais limitado na Alemanha do que em França. Na Alemanha, é preciso invocar a violação ou ameaça de violação de um direito subjectivo¹⁹ para aceder aos tribunais administrativos, em França esse acesso está mais facilitado, pois tendo um sistema de justiça em matéria administrativa mais orientado para a defesa da legalidade objectiva, aceita a invocação pelas partes não só de direitos subjectivos, mas de interesses dignos de protecção.

4- *Os aperfeiçoamentos da peculiar solução italiana*

A Itália discutiu a sua organização judiciária nos trabalhos preparatórios da Constituição de 1948. Calamandrei defendia a integração da justiça administrativa na justiça ordinária com tribunais especializados e a consequente supressão de funções jurisdicionais do Conselho de Estado. Prevaleceu, porém, uma corrente de continuidade e, assim, o

¹⁶ É conhecida a afirmação de Chapus de que a organização judiciária administrativa francesa é mais “solar” do que piramidal.

¹⁷ R. CHAPUS – Droit du contentieux..., p.86.

¹⁸ R. CHAPUS – Droit administratif général, Tome 1, 14ª. ed. , 2000, pp. 798 e ss.

¹⁹ Note-se, entretanto, os esforços que têm sido feitos na jurisprudência e na doutrina alemãs para alargar o conceito de direitos subjectivos.

artigo 103.º da Constituição estabeleceu que “ (O) Conselho de Estado e os outros órgãos de justiça administrativa têm jurisdição para a tutela nos confrontos com a administração pública dos interesses legítimos e, em particulares matérias indicadas pela lei, também dos direitos subjectivos”. Esta referência a outros órgãos da justiça administrativa tinha a ver com o art. 125.º da Constituição Italiana que previa a instituição, nas regiões, que deveriam ser criadas, de órgãos da justiça administrativa de 1.º grau. O artigo 102.º estabelecia que a função jurisdicional era exercida por magistrados ordinários, proibindo a instituição de juízes extraordinários ou especiais. Ainda o artigo 113.º prescrevia que “contra os actos da administração pública era sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa”.

Para se ter uma visão mais completa, ainda que rápida, da Constituição Italiana é preciso lembrar que uma norma transitória previa a revisão dos numerosos órgãos de jurisdição administrativa no prazo de 5 anos. Este prazo não foi cumprido e a concretização dos preceitos constitucionais italianos demorou décadas a ser posta em prática. Assim, só em 1971 foram criados tribunais administrativos regionais que começaram a funcionar em 1974 no momento em que foram instituídas as regiões administrativas. Desta forma só então acabaram as juntas provinciais administrativas cuja constitucionalidade tinha sido já posta em causa por sentenças do Tribunal Constitucional de 1967 e 1968 por delas fazerem parte funcionários hierarquicamente dependentes do Ministério do Interior

A partir de 1974 vamos ter, pois, os tribunais ordinários a conhecer das questões que envolvessem a apreciação de direitos e tribunais administrativos para as questões relativas a interesses legítimos e também a direitos subjectivos, havendo uma tendência legislativa para atribuir cada vez mais aos tribunais administrativos competências globais (direitos e interesses) sobre certas matérias (urbanismo, por exemplo).

A organização dos tribunais administrativos possui hoje em Itália dois níveis. Na base os tribunais administrativos regionais (um por cada região e assim 20, tendo 10 destes, situados em regiões mais populosas, secções destacadas) e na cúpula o Conselho de Estado através de 3 das suas 6 secções. Os tribunais administrativos regionais são compostos de cerca de 270 juízes profissionais, número considerado muito baixo e que explica os enormes atrasos processuais. São recrutados por rigoroso concurso. De notar que todas as questões são apreciadas em primeira instância pelos tribunais administrativos regionais (TAR), assumindo papel muito relevante o TAR do Lazio, com sede em Roma, no qual caem as questões em que está implicado o Governo.

O Conselho de Estado exerce as suas funções jurisdicionais, através das secções IV, V e VI, e quando foi criada em 1948 a VI Secção foi também criada uma secção especializada do Conselho de Estado para a Sicília (Consiglio de Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana). Existe um órgão de autogoverno que abrange todos os magistrados, havendo assim uma magistratura administrativa única, tendo como órgão superior o Conselho da Presidência da Justiça Administrativa.

A Itália tem ainda tribunais administrativos especiais mas em pequeno número. Tem particular significado o Tribunal de Contas com secções em todas as regiões e que para além das funções próprias de um tribunal que julga as contas tem a seu cargo a matéria de pensões (civis e militares).

A estrutura organizatória da justiça administrativa continua a ser discutida em Itália até porque a situação actual com a necessidade de distinguir direitos subjectivos e interesses legítimos (tarefa nada fácil) não satisfaz, havendo quem defenda a criação de uma jurisdição autónoma segundo o modelo alemão e quem defenda uma solução mais próxima da espanhola.

Um problema não devidamente resolvido em Itália é a organização judiciária em matéria tributária. Ela forma ainda uma organização à parte com raízes pré-constitucionais, tendo falhado as tentativas para a integrar ora nos tribunais administrativos, ora nos tribunais ordinários como tribunais especializados. Hoje existem comissões tributárias provinciais que julgam em 1ª instância (uma em cada capital de província – cerca de 50); comissões tributárias regionais que decidem em 2ª instância, com sede na capital de cada região; e na cúpula funciona a 5ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça (1999). Há assim uma aproximação à jurisdição ordinária, mas falta uma reforma mais profunda desta organização judiciária ainda muito dependente do Ministério das Finanças²⁰. Ela tem também um órgão de auto-governo: o Conselho da Presidência da Justiça Tributária

5- Outros países (algumas reformas ainda não concretizadas)

Para além destes países que conseguiram ir mais longe no aperfeiçoamento da organização judiciária (Alemanha, Espanha, França e Itália) devemos lançar o olhar sobre alguns outros países da União Europeia, observando os seus problemas e o modo como os vão tentando resolver.

²⁰ A. URICCHIO – L'amministrazione nella giustizia tributaria – L'organizzazione delle Commissioni tributarie, 2000, p. 94.

A Bélgica criou, em 1946, o Conselho de Estado com uma secção que exerce funções jurisdicionais – a inspiração francesa é aqui evidente –, mas tem ainda por resolver o problema da 1ª instância. A nível de primeira instância existe aquilo que se tem chamado uma desordem da jurisdição administrativa, enxameada de órgãos administrativos especiais de independência duvidosa²¹. Procura-se criar uma rede de tribunais administrativos de 1ª instância, tendo sido apresentada uma proposta que previa uma rede de 11 tribunais, mas ainda não foi possível atingir esse objectivo

A Holanda tem ainda graves problemas de organização judiciária por resolver com um Conselho de Estado (CE) que só há pouco tempo passou a ter jurisdição delegada (ou seja a decidir como um tribunal), na sequência de condenação por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) feita no Acórdão Benthem de 23 de Outubro de 1985. Tratava-se de decidir sobre a instalação de um posto de venda de gás de petróleo liquefeito (GPL). Quem decidiu foi a Coroa, mediante parecer da secção do contencioso do Conselho de Estado. O TEDH entendeu que uma vez que os pareceres do CE podiam ou não ser seguidos, ele não era um verdadeiro tribunal. No fundo, quem tinha a última palavra era um ministro responsável perante o Parlamento. A partir daí tentou-se estruturar uma organização judiciária em matéria administrativa que teria em primeira instância secções do contencioso administrativo junto dos tribunais judiciais de círculo (19), uma segunda instância através de secções do contencioso junto dos tribunais de apelação (5) e, na cúpula, uma secção do contencioso administrativo junto do Supremo Tribunal de Justiça²². Seria o acolhimento do modelo espanhol, mas a verdade é que esta estrutura ainda não está inteiramente montada. Existe, entretanto, uma organização judiciária tributária mais conseguida com secções do contencioso tributário junto dos tribunais de apelação e uma secção tributária junto do Supremo Tribunal de Justiça.

O TEDH tem influído indirectamente na organização judiciária administrativa de diversos países europeus que ratificaram a CEDH por efeito da possibilidade que oferece aos cidadãos desses países de contestarem as decisões tomadas por órgãos que, nos termos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não possam ser consideradas tribunais. O artigo 6.º consagra efectivamente o direito dos cidadãos a verem julgados os litígios de que sejam parte por tribunais independentes. A natureza muitas vezes duvidosa de órgãos que julgam questões administrativas em diversos países levam os cidadãos a recorrer ao TEDH muitas vezes com sucesso. O Luxemburgo e a Áustria entre

²¹ M. LEROY – *Contentieux administratif...*, p. 88 e ss.

²² W. KONIJNENBELT – *Administration et fonctionnement de la justice aux Pays-Bas*, in *Annuaire Européen de l'Administration Publique*, 1991, pp. 235 e ss.

outros países operaram modificações na sua organização judiciária por efeito de decisões condenatórias daquele tribunal.

6- *A Inglaterra mudou muito*

A Inglaterra, como vimos, apesar da proclamação no plano dos princípios de uma ampla e profunda sujeição da Administração aos tribunais comuns, não tem ainda devidamente concretizada na prática essa submissão. E para resolver os numerosos problemas decorrentes da intervenção administrativa, foi criando órgãos especiais chamados *tribunals* e não *courts*. A grande maioria deles são *court substitutes*, ou seja, estão vocacionados, tal como os *courts*, para resolver litígios e de acordo com as regras jurisdicionais, aplicando, pois, o direito aos factos de forma independente e imparcial no decurso de um processo com garantia de defesa das partes.

O que se tem vindo a verificar é, por um lado, um aperfeiçoamento dos meios processuais nos *courts*, sendo neste aspecto determinante a reforma de 1977 com a introdução da *application for judicial review*. Aliás, dentro da *High Court* foi criado muito recentemente uma secção denominada *Administrative Court*.

Por outro lado, no que toca aos *tribunals*, órgãos que ainda demonstram na sua estrutura e funcionamento a origem administrativa, pois estão frequentemente ligados aos departamentos governamentais que tomam decisões obre as questões que lhes estão confiadas e não têm à frente pessoas que devam ser considerados verdadeiros juízes, tem havido uma preocupação de os aperfeiçoar e tornar cada vez mais independentes.

Neste aspecto foi da maior importância a publicação do já mencionado Relatório Franks em 1957 e a subsequente reforma de 1958 que colocou, como atrás dissemos, os *tribunals* na esfera da jurisdição e não da administração.

A entrada em vigor em 2000 do *Human Rights Act*, que acolheu no direito inglês a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, obrigou a aperfeiçoar ainda mais a actuação dos *tribunals*. Estes foram objecto de um importante estudo (o relatório Leggatt de 2001) que nas suas conclusões fez importantes recomendações sobre a sua estrutura e funcionamento com a finalidade de dissipar quaisquer dúvidas quanto à sua natureza e que, a ser seguidas, farão deles autênticos órgãos jurisdicionais.

As recomendações de Sir Leggatt²³ vão, desde logo, no sentido de separar os *tribunals* dos ministérios a que estão hoje ligados (tal como sucedia entre nós com os

²³ <http://www.tribunals-review.org.uk> - Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Leggatt: *Tribunals for Users - One System, One Service* [published 16 August 2001]

tribunais tributários de 1ª instância), incorporando-os no Ministério que trata dos assuntos da justiça. Recomenda-se ainda que estejam à frente dos *tribunals*, com a missão de julgar, pessoas devidamente preparadas, garantindo-se a sua independência e imparcialidade. O relatório propõe ainda que estes tribunais estejam organizados em dois níveis: *tribunals* de 1ª instância dos quais há recurso para *tribunals* de 2ª instância. Das decisões destes haverá ainda recurso para um *Court* (*The Court of Appeal*). O recurso é feito para este último tribunal e não para a *High Court*, porque membros desta fazem já parte dos *tribunals* de 2ª instância. Têm sido dados importantes passos no sentido apontado por Sir Leggatt.

Nos últimos anos as transformações foram ainda mais profundas. Ver sobre este aspecto o texto “ A mais recente evolução da justiça administrativa em Inglaterra: os *tribunals* “ publicado nos “Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia.

7- *A questão em Portugal e a solução da reforma de 2002*

E em Portugal o que se passou? Não ocorreu, entre nós, uma reforma como a que se operou em Espanha ou algo de semelhante e chegámos a 25 de Abril de 1974 com duas auditorias administrativas dependentes do Ministério do Interior; tribunais tributários de 1ª instância distritais e um tribunal de 2ª instância das contribuições e impostos na dependência do Ministério das Finanças (reforma de 1963); duas auditorias fiscais (Lisboa e Porto) para conhecer de questões em matéria aduaneira, também na dependência do Ministério das Finanças. Na cúpula tínhamos o Supremo Tribunal Administrativo na dependência da Presidência do Conselho de Ministros, com 4 secções (administrativa, tributária, aduaneira e do trabalho).

Vamos assistir, depois de 1974, a algumas significativas mudanças. Pelo Decreto-Lei n.º 250/74, de 12 de Junho, o Supremo Tribunal Administrativo e as auditorias administrativas foram integradas no Ministério da Justiça como era próprio dos tribunais judiciais. Os tribunais tributários e aduaneiros mantiveram-se, contudo, na órbita do Ministério das Finanças.

Nos trabalhos preparatórios da Constituição de 1976, o projecto do CDS era o mais detalhado na matéria que nos ocupa e seguia a tradição da I República, integrando os tribunais administrativos e tributários na jurisdição ordinária como tribunais especializados (o projecto chamava aos tribunais do contencioso administrativo tribunais especiais dentro da ordem judicial). Haveria uma secção do contencioso no Tribunal da Relação de Lisboa e uma outra secção do contencioso administrativo no Supremo Tribunal de Justiça. O projecto do PPD apontava também para a tradição republicana de integração da justiça administrativa na jurisdição ordinária através de tribunais especializados. O Professor Jorge

Miranda, deputado do PPD, na luta que travou pela unidade de jurisdição apresentou uma proposta com o seguinte texto: “Todos os tribunais são judiciais, salvo os tribunais militares e o Tribunal de Contas”. Esta proposta foi rejeitada por ser considerada demasiado ambiciosa.

O texto apresentado pela 6ª Comissão acabou por prever a existência de tribunais judiciais, de tribunais militares e de um Tribunal de Contas, não havendo qualquer referência aos tribunais administrativos e fiscais. Foi apresentada uma proposta de aditamento com a seguinte redacção: “Poderá haver tribunais administrativos e fiscais”. A finalidade confessada era evitar que estes ficassem inconstitucionalizados. De notar que a utilização da expressão tribunais *administrativos* e *fiscais* na Constituição resulta do facto de haver na altura tribunais administrativos e fiscais e não, julgamos, de uma qualquer intenção de criar separadamente tribunais administrativos e fiscais. (Nada obriga, no plano dos princípios, a que haja necessariamente tribunais fiscais separados dos administrativos e só uma demasiado apego à letra da lei poderia obstar a uma reforma legislativa que integrasse os tribunais fiscais nos administrativos como, aliás, já sucede a nível superior e de algum modo a nível de primeira instância na actual lei - que adiante referiremos - sob a forma de tribunais agregados).

Ficou assim constitucionalmente aberta a possibilidade ora de integrar os tribunais administrativos e tributários nos tribunais judiciais, ora de constituir uma organização separada. Em 1977, foi publicada uma importante reforma da organização judiciária, a primeira ao abrigo da Constituição de 1976 e nela não se fez qualquer referência aos tribunais administrativos e tributários, tendo sido esse, como tem sido afirmado, o momento mais adequado para fazer a integração deles numa única ordem judiciária. Ficou assim aberta a porta para a consagração autónoma destes tribunais. E foi o que aconteceu em 1984 com a publicação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF).

Foi estabelecida, no ETAF, uma organização judiciária separada dos tribunais judiciais. Em matéria administrativa foram consagrados 3 tribunais administrativos de círculo (Lisboa, Porto e Coimbra) e o Supremo Tribunal Administrativo (STA). Em matéria tributária foram estabelecidos tribunais tributários de 1ª instância em todos os distritos (antigos tribunais de 1ª instância das contribuições e impostos), um tribunal tributário de 2ª Instância (substituindo o Tribunal de 2ª Instância das Contribuições e Impostos) e o STA. Em matéria aduaneira as auditorias fiscais (Lisboa e Porto) foram substituídas por tribunais fiscais aduaneiros e manteve-se, na cúpula, o STA.

Ao mesmo tempo o ETAF estabeleceu um órgão de auto-governo da magistratura semelhante ao Conselho Superior da Magistratura, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

A revisão constitucional de 1989 veio dar plena cobertura à opção legislativa de 1984 ao estabelecer expressamente que existiam no nosso ordenamento jurídico, para além de outros, o STA e os demais tribunais administrativos e fiscais.

Depois de 1984, opera-se, em 1996, uma outra significativa reforma da organização judiciária administrativa e tributária. Cria-se então o Tribunal Central Administrativo (TCA) para descongestionar o volume de serviço do STA, principalmente em matéria de função pública, e ao mesmo tempo absorve-se o Tribunal Tributário de 2ª Instância. A partir dessa data, temos um TCA com uma secção do contencioso administrativo e uma secção do contencioso tributário. Deste modo - e quase sem se dar por isso - subtraiu-se mais um tribunal à esfera do Ministério das Finanças. De notar ainda que o TCA, muito criticado por ser um enxerto no sistema, teve, no entanto, um papel importante no progresso da justiça administrativa em Portugal. Veio começar a mudar o que precisava de ser mudado.

A partir de 1996, a especificidade da organização judiciária em matéria tributária limitou-se à 1ª instância. Por sua vez, em 1999, desaparecem os tribunais fiscais aduaneiros integrados nos tribunais tributários de 1ª instância e instalaram-se os tribunais agregados (administrativos e tributários) dos Açores e da Madeira. Ainda em 1999 o Decreto-Lei n.º 301-A/99, de 5 de Agosto, criou os tribunais administrativos de círculo de Braga e de Faro, não tendo sido instalado nenhum deles.

Em 2001, pela Lei n.º 15/2001 integraram-se teoricamente os tribunais tributários no Ministério da Justiça, mas essa integração ficou dependente de decreto-lei que não chegou a ser publicado.

III – A actual organização judiciária administrativa e tributária

E chegamos a 2002, data da maior reforma que a organização judiciária administrativa e tributária teve alguma vez em Portugal e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2004. Ela teve expressão através da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro (o novo ETAF), que foi complementado pelo Decreto-Lei n.º 325/2003, de 29 de Dezembro, e alterado pela Lei n.º 107-D/2003, de 31 de Dezembro. Ao mesmo tempo foi introduzida uma profunda reforma do processo administrativo através da Lei n.º 15/2002, de 22 de

Fevereiro, alterada, entretanto, pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, e que entrou em vigor também em 1 de Janeiro de 2004.

É preciso dizer, contudo, que chegámos a 31 de Dezembro de 2003 em Portugal, com 3 tribunais administrativos de círculo em todo o continente e, pelo menos teoricamente, com 18 tribunais tributários de 1ª instância com sede nas capitais de distrito do continente e integrados no Ministério das Finanças. Dissemos teoricamente porque nem todos esses tribunais possuíam juiz próprio, exercendo funções os juízes de tribunais tributários próximos. Apenas 10 tribunais tributários do continente possuíam juiz próprio²⁴. Nas regiões autónomas havia 2 tribunais administrativos e fiscais agregados (Ponta Delgada e Funchal). Para completar a estrutura judiciária até 31 de Dezembro de 2003 importa mencionar o TCA e o STA, ambos com 2 secções.

A estrutura organizativa que temos hoje, depois das significativas alterações ao ETAF de 2002 introduzidas pela Lei n.º 107-D/2003, de 31 de Dezembro e da publicação da Portaria n.º 1418/2003, de 30 de Dezembro, passou a ser a seguinte²⁵:

- a) 16 tribunais administrativos e fiscais (Braga, Porto, Penafiel, Mirandela, Viseu, Coimbra, Leiria, Lisboa, Loures, Sintra, Almada, Castelo Branco, Beja, Loulé, Funchal, Ponta Delgada);
- b) 2 tribunais centrais administrativos: Norte, com sede no Porto e Sul, com sede em Lisboa, ambos com 2 secções;
- c) Supremo Tribunal Administrativo (Lisboa), com duas secções.

Ao mesmo tempo foram instalados juízos liquidatários a extinguir quando deixar de se justificar a sua existência nos seguintes tribunais: Tribunal Central Administrativo Sul; Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra; Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa; e Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto. Estes juízos, constituindo o 1.º Juízo dos respectivos tribunais, têm por missão liquidar as pendências de processos neles existentes. Existe, em todos eles, um 2.º Juízo para receber os processos novos.

Distribuição de competências entre os tribunais administrativos e fiscais

²⁴ A. Cândido de Oliveira – A recente criação do Tribunal da Relação de Guimarães e do Tribunal Administrativo de Círculo de Braga, separata do Livro “Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo”, pp. 516 e 517

²⁵ Mais tarde operou-se a criação do TAF de Aveiro.

E como estão distribuídas, entre os tribunais, as competências para conhecimento dos litígios?²⁶ É importante, desde logo, considerar a regra da entrada de todos os litígios nos tribunais de 1ª instância, dando-se mais um importante passo no sentido de romper com uma velha tradição que mandava apreciar pelos tribunais de grau superior os litígios em que estavam envolvidas altas autoridades²⁷.

Deste modo, nos termos do artigo 44.º do ETAF, “compete aos tribunais administrativos de círculo conhecer em primeira instância, de todos os processos do âmbito da jurisdição administrativa, com excepção daqueles cuja competência, em primeiro grau de jurisdição, esteja reservada aos tribunais superiores (...)”. O mesmo sucede, também em regra, com os tribunais tributários de 1ª instância (artigo 49.º do ETAF).

As excepções em matéria administrativa têm a ver com todos os processos em que são partes o Presidente da República, a Assembleia e seu presidente, o Conselho de Ministros, o Primeiro-Ministro (já não os ministros), o Tribunal Constitucional e seu Presidente, o Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, o Tribunal de Contas e seu Presidente e o Presidente do Supremo Tribunal Militar; ainda o Conselho Superior de Defesa Nacional, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e seu presidente, o Procurador-Geral da República e o Conselho Superior do Ministério Público. Para estes processos é competente a secção de contencioso administrativo do STA (artigo 24.º do ETAF). Em matéria tributária, fogem à regra da entrada em tribunais tributários de 1ª instância, entrando directamente na secção de contencioso tributário do TCA Norte ou Sul, conforme as regras de competência territorial, os processos em que estão em causa actos administrativos respeitantes a questões fiscais praticados por membros do Governo e pedidos de declaração de ilegalidade de normas administrativas de âmbito nacional, emitidas em matéria fiscal (artigo 38.º, als. b) e c) do ETAF); por sua vez, os processos em que estão em causa actos administrativos do Conselho de Ministros respeitantes a questões fiscais entram na secção de contencioso tributário do STA (artigo 26.º al. c) do ETAF)

Competindo, em regra, a apreciação em primeira instância dos litígios que caem no âmbito da jurisdição administrativa e tributária aos tribunais de primeira instância (e aqui a redundância é propositada, lembrando mais uma vez que as coisas nem sempre foram assim) cabem aos tribunais superiores naturalmente outras funções. Em matéria

²⁶ J. C. VIEIRA DE ANDRADE – A Justiça Administrativa (Lições), 4ª ed., Coimbra, 2003, p. 139 e ss.

²⁷ Esta tradição já tinha sido posta em causa, diminuindo a sua expressão, não só através da reforma de 1984-85 como através da criação do TCA em 1996.

administrativa, cabe ao TCA através da secção de contencioso administrativo conhecer dos recursos jurisdicionais interpostos das decisões dos tribunais administrativos de círculo, salvo aqueles para os quais é competente o STA, segundo o disposto na lei de processo (são casos especiais que referiremos adiante). A principal tarefa das secções de contencioso administrativo do TCA do Norte e do Sul é assim a apreciação em recurso das decisões dos tribunais administrativos de 1ª instância²⁸. Quanto às secções do contencioso tributário do TCA do Norte e do Sul cabe-lhes também, como principal tarefa, conhecer dos recursos das decisões judiciais dos tribunais tributários de 1ª instância.

O Supremo Tribunal Administrativo é agora um tribunal de cúpula da estrutura da organização judiciária, Compete à secção de contencioso administrativo do STA conhecer recursos de revista sobre matéria de direito interpostos de acórdãos dos Tribunais Centrais Administrativos (secções do contencioso administrativo) e ainda, em casos especiais determinados pela lei de processo, recursos de decisões de tribunais administrativos de círculo (artigo 24.º, n.º 2 do ETAF). Os recursos de revista de decisões dos tribunais administrativos de círculo que cabe conhecer ao STA, ultrapassando o TCA, são aqueles cujo valor da causa seja superior a três milhões de euros ou seja indeterminável e as partes nas suas alegações, suscitem apenas questões de direito (artigo 151.º n.º 1 do CPTA). Deve ter-se atenção, no entanto, que não ocorre este recurso de revista *per saltum* se o processo em causa respeitar a questões de funcionalismo público ou relacionadas com formas públicas ou privadas de protecção social (artigo 151.º, n.º 2 do CPTA).

O STA é ainda competente para se pronunciar de forma vinculativa sobre uma questão de direito nova surgida num tribunal administrativo de círculo que suscite dificuldades sérias e possa vir a ser suscitada noutros litígios (artigo 25.º, n.º 2 do ETAF e artigo 93.º do CPTA)²⁹. Para que a intervenção do STA ocorra é preciso que, por um lado, o presidente do tribunal administrativo de círculo a solicite, considerando que é essa a melhor alternativa (a outra, que está também nas suas mãos, é determinar que no julgamento do processo intervenham todos os juízes do tribunal, sendo o *quorum* de dois terços) e que o STA através de uma formação constituída por três juízes de entre os mais antigos da secção de contencioso administrativo do STA aceite a apreciação da questão (artigo 93.º n.º 3 do CPTA). Este reenvio prejudicial não tem lugar nos processos urgentes.

²⁸ Acrescem outras funções que estão referidas no artigo 37.º do ETAF (acções de regresso contra magistrados) que, por não serem tão emblemáticas, omitimos na economia deste trabalho.

²⁹ O mesmo poderá suceder quando uma tal questão surja num processo que corra tribunal tributário, nos termos que a lei de processo respectiva vier a estabelecer (artigo 27.º n.º 2 do ETAF).

O pleno da secção do contencioso administrativo do STA conhece ainda dos recursos de acórdãos proferidos pela secção em primeiro grau de jurisdição e dos recursos para uniformização de jurisprudência (artigo 25.º n.º 1 do ETAF).

Em matéria tributária, o STA, através da secção do contencioso tributário, para além dos processos já mencionados em que decide em primeira instância, aprecia recursos dos acórdãos da secção do contencioso tributário dos Tribunais Centrais Administrativos, das decisões dos tribunais tributários de 1ª instância com exclusivo fundamento em matéria de direito (artigo 26.º do ETAF). Conhece ainda o STA, através do pleno da secção do contencioso tributário, dos recursos dos acórdãos proferidos pela secção em 1.º grau de jurisdição e dos recursos para uniformização de jurisprudência (artigo 27.º do ETAF).

Podemos dizer que esta reforma, principalmente depois das alterações ocorridas no fim do ano através do diploma complementar ao ETAF e da alteração deste, avançou mais do que se previa e deu dois passos decisivos em matéria organizatória: agregou os tribunais administrativos e tributários de 1ª instância, criando uma rede que cobre todo o território nacional e desdobrou o TCA em dois tribunais centrais administrativos (Norte e Sul). Se tivermos em conta que, nos termos da lei processual, quase todos os processos entram agora em 1ª instância nos tribunais administrativos e fiscais (salvo alguns que entram directamente no STA), que os tribunais centrais administrativos são tribunais de 2ª instância e que o STA, fora a parte que lhe cabe em primeira instância, é fundamentalmente um tribunal de revista temos uma estrutura organizatória que se aproxima da que é hoje a organização da jurisdição ordinária comum e que é a mais racional: apreciação inicial dos litígios pelos tribunais de 1ª instância, recurso de apelação para os tribunais centrais administrativos (2ª instância) e recurso de revista para o STA.

E nada impede que, a prazo, depois de experimentado este sistema (tudo deve ter o seu tempo) se façam estudos e debates cujos resultados apontem no sentido de a melhor solução continuar a ser a dualidade de jurisdições ou considerar-se que a integração na jurisdição ordinária, através de tribunais especializados, demonstrar ser, porventura, a mais conveniente.

A reforma da justiça administrativa está lançada e em andamento. Ela colocou-nos entre os primeiros países da Europa (Alemanha, Espanha e França), nesta matéria e soube articular a defesa dos direitos subjectivos com a defesa do cumprimento de importantes interesses públicos por parte da Administração. Como se vê, nem sempre, nem em tudo

estamos colocados na cauda dos países da União Europeia. Saibamos merecer o lugar cimeiro que com pleno direito atingimos, dando a devida execução às novas leis.

“Do Velho se Fez Novo”: A Acção Administrativa Especial de Impugnação de Actos Administrativos¹

Vasco Pereira da Silva²

1- Âmbito de aplicação

A acção de impugnação de actos administrativos é uma subespécie - ou “subacção” – da acção administrativa especial, que o legislador da reforma tratou com todo o “desvelo” e “carinho”, expresso em numerosas e detalhadas disposições. Esse especial cuidado no tratamento da impugnação de actos administrativos justifica-se, a meu ver, como uma espécie de “homenagem póstuma” do legislador ao anterior recurso de anulação, no momento em que ele encontrava irremediavelmente o seu fim (já antes “anunciado”).

De facto, o recurso de anulação, que tinha tido historicamente uma grande importância, era, de há muito, uma realidade em “crise de identidade”. Retomando o “diagnóstico” de uma anterior “sessão de psicanálise”, eu diria que o recurso de anulação revelava «”conflitos insanáveis” entre os planos do “inconsciente” – o alargamento crescente e paulatino do universo dos actos recorríveis (v.g. decisões prévias, autorizações parciais, actos praticados pelos subalternos...) em todos os domínios da moderna Administração Prestadora e Infra-estrutural, determinado pelo critério da lesão de direitos e pelo princípio da tutela plena e efectiva dos direitos dos particulares -, do “superego” – os “preconceitos” teóricos decorrentes da “infância difícil” do Contencioso Administrativo, ao tempo do “sistema do administrador-juiz”, quais “arquétipos” condicionadores da Justiça Administrativa, que determinaram as construções clássicas da “doutrina do processo ao acto” – e das “explicações do(s) sujeito(s) pensante(s) – as fundamentações da doutrina

¹ O presente texto segue de perto, com as necessárias adaptações e modificações, o que antes se escreveu, de forma mais completa e desenvolvida, em VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo», 2ª. edição, Almedina, Coimbra, 2009, páginas 315 e seguintes.

² Doutor e Agregado em Direito, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

e da jurisprudência, com as naturais dificuldades em adequar o “dito” ao “feito”, que levam, tantas vezes, à repetição de fórmulas “recalcadas” ou à prática de “actos falhados”³.

Crise de identidade do recurso de anulação que se manifestava, desde logo, na dissociação entre “o nome e a coisa” e que me levou (também na referida “sessão de análise” anterior) à enunciação da «tese segundo a qual “o recurso de anulação não é um recurso, nem é (somente) de anulação”⁴. A qual, por sua vez, se podia ainda desdobrar em dois enunciados: «TESE N.º 1: O recurso de anulação não é um recurso; TESE N.º 2: O recurso de anulação não é (apenas) de anulação»⁵. De facto:

- 1) O recurso de anulação não era um recurso, mas uma “acção chamada recurso”. Era uma acção, pois se tratava da primeira apreciação jurisdicional de um litígio emergente de uma relação jurídica administrativa, na sequência da prática de um acto pela Administração, e não de uma apreciação jurisdicional de segunda instância, versando sobre uma decisão judicial. Tal como era ainda uma acção, por se tratar de um meio processual de impugnação de actos administrativos, destinado a obter a primeira definição do direito, feita por um tribunal, aplicável ao litígio emergente de uma relação jurídica administrativa, e não de uma qualquer suposta “revisão da definição do direito anteriormente feita pela Administração”⁶. Já que,

³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Nome e a Coisa – A Acção Chamada Recurso de Anulação e a Reforma do Contencioso Administrativo», in «Ventos de M. na J. A.», cit., p. 137.

⁴ Conforme então escrevi, o recurso de anulação possuía um «nome herdado da história, que não corresponde mais à realidade actual (...), à semelhança, perdoe-se-me a ironia, de um “brasão de família”, pertencente a uma família aristocrática que se vê obrigada a recorrer à mendicidade». Desta forma, «ao falar em recurso de anulação há que ter presente que ele não é um recurso, nem é apenas de anulação, pelo que o nome não condiz com a realidade designada. E se, como dizia o filósofo, o “nome é o princípio de todas as coisas”, uma tal dissociação entre a denominação e o objecto nomeado não pode deixar de ser motivo de incertezas e de perplexidades. Se me permitem a ironia, o recurso de anulação, com o seu nome “herdado” da história, mas já sem qualquer correspondência com a realidade actual, é uma espécie de Maria Antonieta (para usar também um nome com uma “carga histórica francesa”) que se transformou em Joaquim Manuel e que, por isso mesmo, está hoje a passar por um verdadeiro “dramalhão”, que faria as delícias de um realizador genial como Pedro Almodóvar (o qual, assim como fez o «Tudo Sobre a Minha Mãe», poderia muito bem ter também concebido o filme “Tudo sobre o Recurso de Anulação”)» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Nome e a Coisa – A Acção Chamada Recurso de Anulação e a Reforma do Contencioso Administrativo», in «Ventos de M. na J. A.», cit., pp. 137, 142 e 143).

⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Nome e a C. – A A. C. R. de A. e a R. do C. A.», in «Ventos de M. na J. A.», cit., p. 138.

⁶ Neste sentido, a doutrina clássica entendia que o recurso de anulação ainda era um recurso, na medida em que visava «resolver um litígio sobre o qual a Administração já tomou posição», «através de um acto de autoridade», pelo que já existindo «uma primeira definição do direito aplicável», o particular iria «apenas (...) impugnar, ou seja, atacar, contestar, a definição que foi feita pela Administração», de modo «a obter uma segunda definição do direito aplicável, desta vez conforme à lei» (FREITAS DO AMARAL, «Direito Administrativo», lições policopiadas, Lisboa, 1998, volume IV, página 79). Ou, de acordo com outra formulação mais mitigada, que no recurso de anulação «o tribunal não se propõe proceder a uma primeira regulação da situação jurídica administrativa concreta, constituindo ele próprio os efeitos de direito cuja produção compete à Administração» (SÉRVULO CORREIA, «Impugnação de Actos Administrativos», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 16, Julho / Agosto, 1999, página 13).

por um lado, o acto administrativo não pode continuar mais a ser caracterizado como definidor do direito, à semelhança das sentenças judiciais, antes como decisão da função administrativa destinada à satisfação de necessidades colectivas (e dotada de valor material, para além de natureza jurídica)⁷; por outro lado, não há, hoje em dia, qualquer razão para colocar a autoridade administrativa e o tribunal no mesmo plano, confundindo Administração e Justiça (as quais são distintas dos pontos de vista material, formal e orgânico), como sucedeu no “período do administrador-juiz”, nos tempos da “infância difícil” do Contencioso Administrativo, pelo que não faz qualquer sentido continuar a falar em recurso, a propósito da impugnação de actos administrativos.

- 2) O recurso de anulação não era (apenas) de anulação. Pois, as sentenças ditas de anulação produziam «efeitos relativamente às partes [que] não se esgotavam no efeito demolitório (...) [e] como o de proibir a Administração de refazer o acto e o de a obrigar a uma actuação de restabelecimento da situação jurídica do particular lesado pelo acto anulado». Daí a necessidade de considerar que as sentenças ditas de anulação podiam também possuir, para além desse efeito cassatório, outros efeitos de natureza conformativa e repristinatória, de modo a corrigir o «desfasamento entre a natureza (constitutiva) da sentença e do processo em geral, por um lado, e a eficácia da própria sentença, por outro» (NIGRO). Além de que, tendo em conta o princípio constitucional da tutela plena e efectiva, ainda antes da actual reforma, já me parecia imperioso considerar que o recurso de anulação não era apenas de anulação, «uma vez que, por um lado, sob essa denominação, podem também ser proferidas sentenças condenatórias (v.g. quando estiver em causa o exercício de poderes vinculados) ou de simples apreciação (v.g. a declaração de nulidade de um acto administrativo), por outro lado, as sentenças ditas de anulação não possuem apenas efeitos demolitórios, mas gozam igualmente de uma eficácia repristinatória e conformadora».

A reforma do Contencioso Administrativo optou por pôr termo ao recurso de anulação. Foi uma boa solução. Não vou, pois, chorar “lágrimas de crocodilo” pelo desaparecimento do recurso de anulação, mas antes saudar o legislador da reforma por ter remetido o recurso de anulação para o lugar que lhe era devido: o “Museu do Contencioso

⁷ Até porque, como antes se acrescentava, «a Administração não utiliza o direito como um “fim em si mesmo”, que lhe caiba definir no caso concreto, como é tarefa da Justiça, antes utiliza o direito como um “meio” para a satisfação dessas mesmas necessidades colectivas» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Nome e a C. – A A. C. R. de A. e a R. do C. A.», in «Ventos de M. na J. A.», cit., p. 139).

Administrativo”, onde deve ser guardado e conservado, de modo a que todos lhe possamos prestar as merecidas homenagens, para além de dever continuar a ser analisado e estudado como instituto do passado, de reconhecida importância histórica. Honrado o passado, é tempo do jurista pensar no presente e preparar o futuro, valendo aqui a máxima segundo a qual “o recurso de anulação morreu, viva a acção administrativa” (dita “especial”, mas que é antes “geral”).

O desaparecimento do recurso de anulação e a sua substituição por uma acção de impugnação de actos administrativos, em que se possibilita a apreciação da integralidade da relação jurídica administrativa, a propósito da impugnação de um acto administrativo lesivo, resulta muito claramente do mecanismo da cumulação de pedidos. Pois, como se fez já referência, a reforma do Contencioso Administrativo consagra a admissibilidade generalizada da cumulação de pedidos, de acordo com a regra de que todas as cumulações são possíveis desde que a relação jurídica seja a mesma, ou similar (vide os artigos 4.º e 47.º do Código de Processo Administrativo, cuja formulação é, diga-se de passagem, algo repetitiva, mesmo se o intuito é assumidamente “pedagógico”).

Na verdade, o Código de Processo Administrativo contém uma cláusula geral de admissibilidade de cumulação de pedidos materialmente conexos (artigos 4º, n.º 1, e 47º, n.º 1, do Código), a qual é acompanhada de uma enumeração exemplificativa de pedidos cumuláveis com o de anulação do acto administrativo, nomeadamente: o de condenação na prática de acto devido (artigos 4º, n.º 2, alínea c, e 47º, n.º 1, alínea a); o de condenação da Administração na reconstituição da situação actual hipotética existente não fora a prática do acto impugnado (artigos 4º, n.º 2, alínea a, e 47º, n.º 1, alínea b); o de impugnação do contrato subsequente (artigos 4º, n.º 2, alínea d, e 47º, n.º 1, alínea c) ou relativo à execução das respectivas cláusulas (artigo 47º, n.º 1, alínea d); o de reconhecimento de uma situação jurídica subjectiva (artigos 4º, n.º 2, alínea e); o de condenação à reparação de danos causados (artigos 4º, n.º 2, alínea f). Cumulação de pedidos que tanto pode verificar-se em identidade de nível como numa relação de alternatividade ou ainda de subsidiaridade, que pode verificar-se logo no momento da propositura da acção como em momento posterior (vide os artigos 28º e 61º do Código, relativos à apensação de processos, e o artigo 48º, referente aos processos de massa), que pode dizer respeito a pedidos de vários sujeitos processuais dando origem a situações de litisconsórcio e de coligação de partes (nos termos típicos, em que o Código os previu), que tanto pode ser real como aparente (consoante os pedidos correspondam a diferentes ou à mesma utilidade económica)⁸.

⁸ Para o desenvolvimento da questão vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Cumulação de Pedidos e Cumulação Aparente no Contencioso Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 34,

Interessa, agora, atentar nesta última distinção entre cumulações reais e aparentes de pedidos, que tem como critério saber se «cada um dos pedidos possui uma expressão económica própria», caso em que a cumulação é real, ou se eles dizem antes respeito «a uma mesma e única utilidade própria, isto é, (...) a um mesmo bem em sentido económico», caso em que a cumulação é aparente, «dado que a parte formula vários pedidos, mas ela não auferir benefícios distintos pela procedência de cada um desses pedidos» (TEIXEIRA DE SOUSA)⁹. Até porque o Código de Processo Administrativo parece atribuir uma grande relevância a esta última modalidade, ao considerar que «a cumulação de pedidos é admissível quando entre eles se verifique uma relação de prejudicialidade», ou seja, quando respeitem «à mesma utilidade económica», o que leva TEIXEIRA DE SOUSA a “suspeitar” «que as situações de cumulação aparente são frequentes no Contencioso Administrativo» e a acrescentar que essa «suspeita adensa-se se forem consideradas as situações exemplificadas nos artigos 4º, n.º 2 e 47º, n.º 2 do CPTA, dado que em todas elas se prevê a cumulação de um pedido prejudicial com um pedido dependente»¹⁰.

A “preferência” do Código de Processo Administrativo pela acumulação aparente de pedidos - tão certamente apontada pelo citado processualista - é explicável, a meu ver, por razões mais “profundas”, que se prendem com os “traumas da infância difícil” do Contencioso Administrativo. É que, ao considerar apenas situações de cumulação aparente, quando enumera, a título exemplificativo, as hipóteses de cumulação de pedidos, o legislador não estava a pensar no que é habitual verificar-se noutros domínios processuais, designadamente no Processo Civil, mas sim na realidade do anterior “recurso de anulação”, segundo a qual, de acordo com o “mito-fundador” do Contencioso Administrativo, se considerava que, em virtude do “dogma da separação de poderes”, o tribunal apenas se podia limitar à anulação de actos administrativos.

Daí que a mudança de paradigma processual, decorrente da passagem do recurso de anulação para a acção de impugnação, que o mesmo é dizer, do contencioso de “mera anulação” para o de “plena jurisdição”, gere uma situação paradoxal: por um lado, o legislador estabelece - e bem - que, a partir de agora sem quaisquer dúvidas, todos os pedidos são admissíveis e que o objecto da apreciação jurisdicional se deve ampliar do “processo ao acto” para o juízo sobre a relação jurídica administrativa; mas, por outro lado, o legislador toma como “medida” dessa transformação o anterior recurso de anulação, pelo

Julho / Agosto, 2002, páginas 33 e seguintes.

⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Cumulação de P. e C. A. no C. A.», cit., in «Cadernos de J. A.», cit., n.º 34, Julho / Agosto, 2002, p. 37.

¹⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Cumulação de P. e C. A. no C. A.», cit., in «Cadernos de J. A.», cit., n.º 34, Julho / Agosto, 2002, p. 38.

que qualifica tudo aquilo que vá além da “simples anulação” como uma “verdadeira e própria” cumulação de pedidos. Dir-se-ia estarmos perante um “acto falhado” do legislador, de “hipervalorização” das situações de cumulação aparente de pedidos (patente, como se referiu, tanto na enunciação da cláusula geral como em todas as situações previstas de tipificação exemplificativa), tão mais relevante quanto o que aqui estava em causa era (em sentido psicanalítico) a “morte do pai”, o afastamento definitivo do recurso de anulação e a sua substituição por uma acção administrativa especial, em que todos os pedidos são admissíveis, e em que, mesmo na própria subespécie de acção de impugnação, o objecto do litígio é toda a relação jurídica administrativa e não a “mera anulação” do acto administrativo.

Ora, numa análise “descomplexada” do problema, para além das questões de cumulação de pedidos, que devem ser consideradas em termos similares aos do Processo Civil, há que distinguir duas situações jurídicas diferentes, que se encontram subjacentes às acções de impugnação de actos administrativos, a saber:

- os casos em que é trazido a juízo um acto administrativo que se encontra suspenso, seja por vontade da Administração, seja em virtude de uma providência cautelar. Situação, esta, em que o direito do particular é tutelado através do pedido de anulação do acto administrativo (o qual, tendo provimento, vai dar origem a uma correspondente sentença constitutiva);
- os casos em que o acto administrativo trazido a juízo se encontra em execução ou já foi integralmente executado – situação que é, de resto, a mais frequente nos sistemas administrativos de tipo executivo, como o nosso. Ora, nesta situação, a tutela dos direitos lesados do particular não é susceptível de ser alcançada somente através do pedido de anulação do acto administrativo, antes necessita de ser acompanhada de pedidos de condenação da Administração, nomeadamente de reconstituição da situação actual hipotética que existiria se o acto não tivesse sido praticado, ou de proibição de determinadas condutas (a sentença que desse razão ao particular, por conseguinte, não poderia ser meramente constitutiva, apresentando também efeitos condenatórios). Sendo certo que todos esses pedidos se encontrariam numa situação de dependência do pedido principal, pelo que sempre existiria aqui uma situação de cumulação aparente.

Antigamente, “ao tempo” do recurso de anulação, a doutrina dominante, entre nós, considerava que o único pedido admissível, no que a esse meio processual dizia respeito, era o de anulação do acto administrativo, pelo que os efeitos das sentenças dele decorrentes eram de natureza meramente constitutiva, ou de anulação. Isto, muito embora, para que as sentenças tivessem sentido útil (perante actos administrativos que já tinham sido em regra executados), se acabasse por admitir que, «limitado o conteúdo das sentenças administrativas à anulação de um acto, necessário se tornava “pôr fora dele”, enquanto efeito decorrente da sentença (efeito acessório ou lateral) a ordem dirigida à Administração e impedindo-a de refazer o acto anulado, bem como o dever (...) de executar a sentença»¹¹. O que se conseguia mediante a teorização do efeito do caso julgado, do qual resultava indirectamente um efeito inibidor da actividade administrativa futura, assim como, sobretudo, do processo de execução das sentenças, que se considerava tratar-se não de «um processo executivo, o processo de execução forçada dessas sentenças», mas sim de uma «intervenção do tribunal [que] assume carácter exclusivamente declarativo», destinada «a pedir a declaração jurisdicional de causas legítimas de inexecução» (FREITAS DO AMARAL)¹². Era, pois, sobretudo através do “processo declarativo de execução” de sentenças que o juiz administrativo poderia ir além da anulação, determinando (ainda que timidamente) a actuação administrativa futura que decorria do incumprimento do “dever de executar”, concebido como um abstracto dever legal.

Pela minha parte, de há muito que defendia a necessidade de adoptar um conteúdo mais amplo para as sentenças do recurso de anulação, de modo a compreender, para além do efeito anulatório, também um efeito repristinatório, a fim de obrigar a Administração, por efeito da sentença, a reconstituir a situação actual hipotética em que o particular se encontraria antes da prática do acto ilegal, e um efeito conformativo, de modo a permitir condicionar o comportamento da Administração, designadamente, condenando-a a não refazer o acto anulado¹³. Assim, procurando – como então escrevia - «adequar o conteúdo da sentença aos efeitos jurídicos por ela produzidos», mediante a integração na própria

¹¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Recurso Directo de Anulação – Uma Acção Chamada Recurso», Cognitio, Lisboa, 1987, página 18.

¹² DIOGO FREITAS DO AMARAL, «A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos», 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, páginas 233 e 234. No mesmo sentido, vide também MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «Sobre a Autoridade do Caso Julgado das Sentenças de Anulação de Actos Administrativos», Almedina, Coimbra, 1994; e «Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes», Almedina, Coimbra, 2002 (este último, já tomando em consideração as alterações da reforma do Contencioso Administrativo e, como tal, adoptando uma noção mais ampla do conteúdo das sentenças de anulação, bem como um entendimento algo diferente das relações entre processo declarativo e de execução de sentenças).

¹³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um Contencioso A. dos P. – E. de uma T. S. do R. D. de A.», cit., pp. 208 e ss..

sentença daqueles «efeitos principais que, até agora, têm sido considerados acidentais»¹⁴. E entendendo o processo de execução das sentenças como um verdadeiro processo executivo, pois «é por efeito da sentença, e não apenas da lei, que a Administração se encontra obrigada a uma determinada conduta», que se destina a «garantir (...) o efectivo cumprimento de tudo aquilo que foi determinado por uma decisão judicial desrespeitada»¹⁵.

Abandonando o paradigma clássico, mediante a substituição do modelo do recurso pelo da acção de plena jurisdição, a reforma do Contencioso Administrativo estabelece agora que todos os pedidos necessários à tutela dos direitos das relações administrativas são admissíveis no processo declarativo, pelo que, mesmo na modalidade da (sub)acção de impugnação, da acção administrativa especial, é sempre possível, designadamente, a cumulação (aparente) do pedido de anulação do acto administrativo com o pedido de condenação ao restabelecimento da situação anterior (vide os artigos 4.º, n.º 2, alínea a, e 47.º, n.º 2, alínea b). Ora, pensando nas duas situações jurídicas antes referidas, só nos casos em que a execução do acto administrativo se encontra suspensa (por decisão da Administração ou do tribunal) é que o simples pedido de anulação satisfaz integralmente a pretensão do particular (dando origem a uma sentença constitutiva), já que, em todos os demais casos, tendo sido iniciada ou já consumada a execução do acto administrativo - casos que continuarão, apesar de tudo, a ser os mais frequentes, no modelo de Administração de tipo executivo, que é o nosso, mesmo considerando que a reforma veio tornar mais efectiva a tutela cautelar - a satisfação integral das pretensões do privado só se realiza mediante a conjugação de pedidos cassatórios com condenatórios, (dando origem, por conseguinte, a um tipo de sentença “mista”, em parte constitutiva, em parte condenatória).

De resto, é o reconhecimento da insuficiência dos simples pedidos anulatórios e das consequentes sentenças constitutivas, que está na base de muitas das transformações do Contencioso Administrativo verificadas, nos últimos tempos, nos países europeus, como antes se fez referência. Mesmo de uma perspectiva mais clássica, ou “francesa”, é forçoso concluir que, tendo o acto administrativo sido já executado ou encontrando-se em vias de execução, «para que seja realizado o restabelecimento do requerente nos seus direitos é necessário, em primeiro lugar, que o juiz possa fazer outra coisa para além de anular o acto administrativo, mesmo se se considera que o respeito de uma decisão de anulação impõe à autoridade administrativa obrigações de tomar um certo número de medidas, uma vez que

¹⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um Contencioso A. dos P. – E. de uma T. S. do R. D. de A.», cit., p. 220.

¹⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um Contencioso A. dos P. – E. de uma T. S. do R. D. de A.», cit., p. 220.

é importante que essas obrigações sejam explicitamente definidas pelo julgamento» (MICHEL FROMONT)¹⁶. Ou seja, mesmo aqueles que consideravam que nas sentenças de anulação do Contencioso Administrativo «a ordem está contida na anulação como a gema no ovo» e que, por isso, anular ou condenar teria o «mesmo resultado prático» (PROSPER WEIL)¹⁷, se viram obrigados a reconhecer que, ainda assim, era preferível que o juiz explicitasse na sentença os comportamentos devidos pela Administração. Daí que, entre outros aspectos, a referida “europeização” do Contencioso Administrativo tenha conduzido ao alargamento dos poderes declarativos do juiz administrativo em razão dos direitos dos privados necessitados de tutela, assim como à aproximação dos modelos de Justiça Administrativa, independentemente das suas raízes e “características identitárias” serem “mais francesas”, “mais germânicas”, ou até mesmo “mais britânicas”.

Entre nós, já se disse, é agora inquestionável que o “recurso de anulação morreu”, uma vez que a acção administrativa especial, sempre que estiver em causa o afastamento de um acto administrativo (que não tenha sido suspenso), passará a ter como pedido “normal”, apresentado pelo particular, o resultante da cumulação (aparente) do pedido de anulação com o de restabelecimento da situação anterior, ou outros pedidos de condenação da Administração, bem como eventuais pedidos de reconhecimento de direitos. Da mesma maneira, como o efeito “típico” das sentenças da modalidade de impugnação da acção administrativa especial deve passar a ser o que resulta da conjugação da anulação do acto com a condenação da Administração, ou da declaração de direitos, originando uma modalidade de sentenças de natureza compósita. Isto, bem entendido, sem prejuízo de haver também lugar para verdadeiras e próprias situações de cumulação de pedidos, quando cada um deles corresponda a distintas utilidades económicas, no quadro da concreta relação material controvertida, que são igualmente admissíveis nos termos gerais.

Continua, no entanto, a prever-se a possibilidade (similar à que a doutrina dominante considerava existir “ao tempo” do passado recurso de anulação) de só se pedir a anulação, na fase declarativa, ficando a condenação da Administração para o processo executivo (artigo 47º, n.º 3, do Código de Processo Administrativo). Só que, agora, a situação já não é mais a de um contencioso de mera anulação, pelo que só uma conduta negligente do particular, ou o “insucesso escolar” do seu patrocinador judiciário, poderia explicar uma opção deliberada de deixar para a execução aquilo que poderia logo obter na fase declarativa, com todos os riscos inerentes de morosidade e de incerteza.

¹⁶ MICHEL FROMONT, «La Convergence des Systèmes de Justice Administrative en Europe», in «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», n.º 1, 2002, página 137.

¹⁷ PROSPER WEIL, «Les Conséquences de l'Annulation d'un Acte Administratif pour Excès de Pouvoir», Paris, 1952, página 61.

Assim sendo, não faz muito sentido, senão como situação transitória, decorrente da actual fase de transformação gradual do Contencioso Administrativo, estabelecer que a condenação da Administração à reposição da situação anterior, que é um pedido típico do processo declarativo, continue a ser feito também no processo executivo, quando ele pode – e deve – ser feito logo na acção administrativa especial. E das duas uma: ou essa norma continua a ser interpretada segundo uma “pré-compreensão passadista” e, então, tenderá a caducar por falta de objecto, ou a ser eventualmente afastada em futura revisão do Código; ou então, há que lhe encontrar um sentido útil, no quadro do (novo) “espírito da lei”, e esse só poderá ser, à semelhança do que se passa no Processo Civil, o de entender que tal norma tem apenas que ver com situações especiais, de falta de elementos para fixar o objecto ou a quantidade da condenação, o que poderá ser, nomeadamente o caso de algumas acções de condenação à reparação de danos causados por autoridades públicas, em não seja ainda possível, no processo declarativo, determinar com exactidão a totalidade do montante dos prejuízos sofridos, podendo esta vir a ser remetida para a execução, mas, neste caso, e de acordo com tal interpretação restritiva, a disposição em causa já nada teria a ver com as questões antes referidas de reconstituição da situação actual hipotética nem similares¹⁸.

Em jeito de conclusão, é forçoso relembra a «profecia» (para usar a sugestiva expressão de SABINO CASSESE¹⁹) feita por MAURICE HAURIOU, mais ou menos, há um século²⁰. HAURIOU que, como se sabe, é não apenas um dos grandes teóricos “fundadores” do Direito Administrativo, como também um dos “pais” (juntamente com LAFERRIÈRE) da concepção do Contencioso Administrativo como “processo ao acto”, não obstante, iria vaticinar a “vitória” do contencioso de plena jurisdição sobre o de anulação, considerando que o recurso de anulação estava “condenado” a transformar-se, mais cedo ou mais tarde, num processo de plena jurisdição. Ora, foi preciso um século para que tal profecia se concretizasse, um pouco por toda a Europa, e fosse possível «ver o

¹⁸ De acordo com o artigo 661º, n.º 2, do Código de Processo Civil, relativo aos “limites da condenação”, disposição que é, como se sabe, subsidiariamente aplicável ao Contencioso Administrativo, «se não houver elementos para fixar o objecto ou a quantidade, o tribunal condenará no que se liquidar em execução de sentença, sem prejuízo de condenação imediata na parte que já está líquida».

¹⁹ Conforme escreve CASSESE: «MAURICE HAURIOU, um dos grandes mestres do Direito Público da primeira metade do século XX, profetizou um dia que o juízo de anulação confluiria no contencioso de plena jurisdição, enriquecendo a lista dos direitos adquiridos dos cidadãos. Desejaria colocar estas conclusões sob o signo ideal de tal profecia» (SABINO CASSESE, «La Piena Giurisdizione del Giudice Amministrativo», in VARIOS, «Il Sistema Della Giustizia Amministrativa. Dopo il Decreto Legislativo n.º 80 /98 e la Sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n.º 500 /99 («Atti dell’ Incontro di Studio svoltosi a Roma – Palazzo Spada – 18 Novembre 1999)», Giuffrè, Milano, 2000, páginas 325 e seguintes).

²⁰ Em comentário aos Acórdãos «Blanc, Argaing et Bézie», Sirey, 1912, e «Boussuge», Sirey, 1914, considerações que o autor retomaria (de forma mais mitigada) em «Précis de Droit Administratif et de Droit Public», 12ª edição (reimpressão), Dalloz, Paris, páginas 394 e seguintes.

recurso de anulação (“recours pour excès de pouvoir”) perder gradualmente o seu carácter objectivo, que possuía em tão elevado grau, para adquirir o carácter subjectivo do recurso de plena jurisdição».

Assim, a “acção de anulação” do Contencioso Administrativo, “transformada” no sentido de admitir também pedidos de natureza condenatória, sempre que necessário para a tutela dos direitos dos particulares (ou seja, sempre que o acto administrativo tenha sido total ou parcialmente executado), torna-se naquilo que já antes deveria ser, à semelhança do ditame bíblico, que comina o homem a “tornar-se naquilo que é”. Verificando-se aqui, portanto, um fenómeno de “ajustamento” do conteúdo das sentenças do Contencioso Administrativo à realidade dos factos ou, se se preferir, de acordo com uma leitura psicanalítica, de aproximação dos níveis do “consciente” e do “inconsciente” do sujeito. Ora, no momento em que, entre nós, a acção administrativa especial, na sua modalidade de anulação, permite não apenas a apreciação judicial do acto administrativo, mas de toda a relação jurídica controvertida, mediante a admissibilidade de todos os pedidos necessários à tutela dos direitos dos particulares, faz todo o sentido invocar e adoptar «o exemplo de HAURIOU, de forma a conseguir, não só olhar para o presente do Contencioso Administrativo, como também compreender o seu passado, e estar ainda abertos para apreender aquilo que o futuro nos vier a trazer...»²¹.

2- Pressupostos processuais

Pressupostos processuais específicos da acção administrativa especial, na modalidade de anulação, de acordo com o Código de Processo dos Tribunais Administrativos, são os seguintes:

- a) acto administrativo impugnável (artigos 51º a 54º);
- b) legitimidade (artigos 55º a 57º);
- c) oportunidade (artigo 58º).

²¹ Como se escrevia em VASCO PEREIRA DA SILVA, «Todo o Contencioso Administrativo se Tornou de Plena Jurisdição», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 34, Julho / Agosto, 2002, página 32. Texto meu anterior que se utilizou, com as necessárias modificações e desenvolvimentos, como base para algum dos aspectos tratados neste capítulo.

2.1- O acto administrativo impugnável

Acto e processo administrativo encontram-se indissociavelmente ligados. A noção de acto administrativo, nascida no Contencioso Administrativo dos tempos da “infância difícil”, visava delimitar as actuações administrativas submetidas a uma jurisdição e a formas de processo “especiais”. A sua posterior transformação em conceito substantivo central do Direito Administrativo não só nunca esqueceu essa origem processual, como andou sempre associada a um entendimento limitado da Justiça Administrativa, assente no recurso de anulação concebido como “processo a um acto”. Um tal entendimento clássico do acto administrativo, típico do Estado Liberal, vai depois passar por sucessivas crises e transformações, decorrentes das alterações das formas de actuação administrativa inerentes à passagem de uma Administração meramente Agressiva a Prestadora, primeiro, e a Infra-estrutural, depois, que são consequência da evolução para os modelos de Estado Social e Pós-social. E todas essas transformações se verificam tanto nos planos do Direito Administrativo como no do Contencioso Administrativo, já que o conceito de acto administrativo necessita de ser repensado e reconstruído em razão da sua tripla dimensão: substantiva, procedimental e processual.

Em termos muito sintéticos (e esquemáticos), a interligação (historicamente) existente entre os modelos de Estado, a concepção de Administração Pública e o conceito de acto administrativo, pode ser reconduzida a três momentos principais ²².

- a) o do Estado Liberal, correspondente a uma lógica de Administração Agressiva e tendo como forma de actuação característica o acto de autoridade ou “de polícia”. Paradigmáticas desta concepção eram as construções doutrinárias:

²² Para um maior desenvolvimento da evolução dos modelos de Estado, de Administração Pública e de acto administrativo «Em Busca do A. A. P.», cit., pp. 11 e ss.; assim como «2001: Odisseia no Espaço Conceptual do Acto Administrativo», Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 28, Julho/ Agosto 2001 (cujo texto, com as necessárias adaptações, se segue aqui de perto).

- de OTTO MAYER, que assimilava o acto administrativo à sentença, caracterizando-o como a «manifestação da Administração autoritária que determina o direito aplicável ao súbdito no caso concreto»²³;
- de MAURICE HAURIOU, que ao aproximar a “decisão executória” dos negócios jurídicos colocava o acento tónico nos “privilégios exorbitantes” da Administração, tanto em matéria decisória como executória²⁴.

Mas nesta mesma linha, ainda que em circunstâncias diferentes, se pode incluir a construção de MARCELLO CAETANO do «acto definitivo e executório», manifestação «por excelência de autoridade da Administração»²⁵, enquanto actuação administrativa «que obriga por si e cuja execução coerciva imediata a lei permite independentemente de sentença judicial»²⁶. Conceção esta que, até há bem pouco tempo, era dominante na doutrina e jurisprudência portuguesas, assim como acolhida pela lei, só tendo sido posta em causa pelo legislador constituinte, através da revisão constitucional de 1989, e expressamente afastada pelo legislador da reforma.

- b) o do Estado Social, caracterizado pela Administração Prestadora e pela generalização dos actos administrativos “favoráveis”, virados para a atribuição de benefícios materiais ou “constitutivos de direitos” para os particulares.

A Administração Prestadora trouxe consigo uma certa “crise” do acto administrativo que:

- por um lado, deixou de ser o “centro” do Direito Administrativo, dada a utilização cada vez mais generalizada de outras formas de actuação administrativa como os planos e outros regulamentos, os contratos, as actuações técnicas e informais ou as operações materiais – na feliz expressão de MAURER, o acto administrativo deixou de ser

²³ OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», I volume, 6ª edição (reimpressão da 3ª edição de 1924), von Duncker & Humblot, Berlim, 1969, página 93.

²⁴ Vide MAURICE HAURIOU, «Précis Élémentaire de Droit Administratif», 5ª edição (com a colaboração de A. HAURIOU), Sirey, Paris, 1943, páginas 6 e seguintes. De acordo com este autor, decisão executória é «qualquer declaração de vontade destinada a produzir um efeito jurídico, emitida por uma autoridade administrativa (...) sob uma forma executória, quer dizer (...) que implique a execução oficiosa» (MAURICE HAURIOU, «Précis É. de D. A.», cit., p. 240).

²⁵ MARCELLO CAETANO, «Manual de Direito Administrativo», volume I, 10ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1980, página 264.

²⁶ MARCELLO CAETANO, «Manual de D. A.», vol. I, cit., p. 447.

«"a" forma de actuação administrativa para passar a ser apenas "uma", entre outras mais»²⁷. O que levou à necessidade de buscar novos "conceitos centrais" para a dogmática administrativa, como a relação jurídica ou o procedimento, nos quais os actos administrativos (como as demais formas de actuação) necessitam de ser enquadrados e compreendidos. Uma vez que, de acordo com a conhecida afirmação de BACHOF, «o acto administrativo é apenas uma fotografia instantânea que representa relações em movimento, porque ele fundamenta, cria ou põe termo a uma relação jurídica»²⁸;

- por outro lado, o próprio conceito de acto administrativo se transforma, perdendo aquelas características "autoritárias" que tinham estado na sua origem, já que a maior parte dos actos da Administração Prestadora do Estado Social não são mais, para usar as "clássicas" expressões portuguesas, nem "definitivos" (v.g. os actos de procedimento, as decisões prévias e provisórias, os actos dos subalternos, as decisões concertadas e participadas) nem "executórios" (v.g. os actos favoráveis cuja susceptibilidade de execução coactiva contra a vontade dos beneficiários é um contra-senso)²⁹;

c) o do Estado Pós-Social, com a nova dimensão da «Administração Infra-estrutural» (FABER)³⁰ e dos consequentes actos administrativos com eficácia múltipla (ou de "eficácia em relação a terceiros"), que se integram em relações jurídicas multilaterais. Multilateralidade que «abrange mesmo aquelas decisões que, tradicionalmente, eram vistas apenas de uma perspectiva particularista, no quadro de um relacionamento bilateral entre o particular e a Administração», como é o caso, por exemplo, das «autorizações administrativas (v.g., autorizações de construção, de instalação de um complexo fabril, ou de abertura de um estabelecimento comercial [que] não são apenas actos singulares, praticados pela Administração relativamente a indivíduos

²⁷ HARTMUT MAURER, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 14ª edição, Beck, Muenchen, 2002, página 177.

²⁸ OTTO BACHOF, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», n.º 30 (reunião que teve lugar em Regensburg, de 29 de Setembro a 2 de Outubro de 1971), Walter de Gruyter, Berlin, 1972, página 231.

²⁹ Diga-se, de passagem, que os actos administrativos favoráveis vêm mesmo colocar "de pernas para o ar" a doutrina da executoriedade, já que o problema que eles obrigam a considerar não é o da execução contra a vontade do particular, mas sim o da execução contra a própria vontade da Administração que, tendo emitido o acto, não realiza as operações materiais necessárias para a sua execução. Vide, infra, a problemática do acto administrativo como título executivo, prevista no artigo 157º, n.º 3, do Código de Processo Administrativo.

³⁰ De acordo com FABER, «a diferença fundamental em relação à Administração Agressiva e Prestadora é a da "multilateralidade" da Administração de infra-estruturas», cujas actuações não se caracterizam pela definição de situações individuais e concretas, «antes criam as condições gerais (premissas) para tais medidas ou decisões» (HEIKO FABER, «Verwaltungsrecht», 3ª edição, Mohr, Tuebingen, 1992, página 337.

determinados, mas são também, simultaneamente, instrumentos reguladores de determinado sector da actividade económica, em razão dos efeitos produzidos relativamente aos terceiros afectados (vizinhos, empresas concorrentes, etc.)»³¹.

Outra dimensão importante das formas de actuação administrativa é o da perda da sua dimensão subjectiva ou estatutária. O que é uma consequência da nova lógica da Administração infra-estrutural, assente na colaboração entre entidades públicas e privadas para o exercício da função administrativa. São, pois, de equiparar aos actos administrativos (e o mesmo se poderia dizer também relativamente aos contratos) mesmo as actuações que não provenham de autoridades administrativas, seja porque emanam de entidades da Administração pública sob forma privada (resultante da denominada “fuga para o direito privado”), seja porque são emitidas por concessionários ou outros particulares que colaboram com a Administração no exercício da função administrativa. Um tal fenómeno é também, como já se fez referência, potenciado pela “dependência europeia do Direito Administrativo”, pois a busca de noções comuns para sistemas administrativos de origem muito diferente, conduziu o legislador comunitário a preocupar-se mais com a natureza do que com a forma de actuação, desta forma procedendo à transformação dos instrumentos tradicionais, sejam de natureza unilateral sejam de natureza bilateral.

Assim, na nossa ordem jurídica, verifica-se como que um duplo alargamento da noção tradicional de acto administrativo, já que, por um lado, cabem no âmbito da jurisdição administrativa as actuações unilaterais de órgãos de outros poderes estaduais (o artigo 4.º, n.º1, alínea c, do Estatuto, fala em “actos materialmente administrativos” de “quaisquer órgãos do Estado ou das regiões autónomas”), por outro lado, também são de considerar como tal as actuações de particulares colaborando com a Administração no exercício da função administrativa (o artigo 4.º, n.º 2, alínea d, refere-se a «actos jurídicos praticados por sujeitos privados, designadamente concessionários, no exercício de poderes administrativos») - para além, como é óbvio, das já antes referidas actuações da Administração pública sob forma privada.

³¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 131.

Daí que, em nossos dias, e perante a lógica de uma Administração cada vez mais complexa e multifacetada, se assista a uma multiplicidade e diversidade de actos administrativos, conjugando (em proporções diversas) dimensões agressivas, prestadoras e infra-estruturais. Bem, andou, pois, o Código de Procedimento Administrativo ao adoptar uma noção ampla e “aberta” de acto administrativo, que compreende toda e qualquer decisão destinada à produção «de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta» (vide o artigo 120º). Pelo que, entre nós, tanto as actuações agressivas como as prestadoras ou as infra-estruturais, tanto «as decisões de carácter regulador como as actuações de conteúdo mais marcadamente material, os actos de procedimento como as decisões finais, as actuações internas bem como as externas, são consideradas pela lei como actos administrativos»³².

A “crise” das concepções restritivas de acto administrativo não poderia deixar de ter consequências contenciosas, abrindo o Processo Administrativo à multiplicidade e à diversidade das “novas espécies” de actuações administrativas. Daqui resultando que os actos administrativos impugnáveis se tornaram, «hoje em dia, (...) uma realidade de contornos muito amplos, que compreende não apenas as decisões administrativas finais e “perfeitas”, criadoras de efeitos jurídicos novos, como também aquelas actuações administrativas imediatamente lesivas de direitos dos particulares, que tanto podem ser actos intermédios, como decisões preliminares, ou simples actos de execução»³³. Tendência, esta, para o alargamento dos actos administrativos susceptíveis de ser apreciados em juízo, que se verifica em todos os países europeus, mesmo naqueles sistemas paradigmáticos,

³² VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 625.

³³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 598 e 599.

como os da França³⁴ ou da Alemanha³⁵, em que tinham sido anteriormente adoptadas (através de fonte jurisprudencial ou legislativa) noções restritivas de impugnabilidade.

Por tudo isto, também entre nós, são de afastar noções restritivas de acto administrativo seja ao nível substantivo, seja ao nível processual. Pois, «em minha opinião, não há que distinguir substantivamente os actos administrativos das “decisões executórias” ou dos “actos definitivos e executórios”³⁶ ou, ainda - para usar a terminologia de inspiração alemã - os “actos reguladores” dos “não actos administrativos” (os quais também se podem chamar de [actos] “instrumentais” ou “auxiliares”)³⁷. Actos administrativos são todos os que produzam efeitos jurídicos mas, de entre estes, aqueles cujos efeitos forem susceptíveis de afectar, ou de causar uma lesão a outrém, são contenciosamente» impugnáveis³⁸.

A impugnabilidade não é, portanto, «uma questão de “natureza”, nem uma característica substantiva dos actos administrativos, ou de uma específica e delimitada

³⁴ Em França, «recoráveis não são apenas os “actos executórios”, aquelas declarações de vontade que criam um novo direito ou dever, mas também aqueles outros actos que não cabem nessa definição doutrinária, já que se entende que “todas as decisões susceptíveis de causar lesão” (“susceptibles de faire grief”) podem ser objecto de um recurso jurisdicional» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 598 e 599). Assim, «a doutrina francesa é (...) unânime em reconhecer que o conceito de recorribilidade do acto pode ir muito para além das construções dogmáticas de carácter restritivo. O que, de resto, vai ao encontro da tradição dogmática francesa de conceber o acto administrativo com o sentido amplo de actuação produtora de efeitos jurídicos (...)» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 599). Sobre o problema em geral, vide por todos RENÉ CHAPUS, «Droit du Contentieux Administratif», 11ª edição, Montchrestien, Paris, 2004, pp. 506 e ss.; DEBBASCH / RICCI, «Contentieux Administratif», 8ª edição, Dalloz, Paris, 2001, pp. 366 e ss.

³⁵ Na Alemanha, a “crise” da noção restritiva de acto administrativo – de resto, expressamente consagrada na Lei de Procedimento Administrativo – tem originado «dois fenómenos de sentido contrário. Por um lado, a um alargamento da noção de acto administrativo, operada por via do processo, mas que inevitavelmente conduz também a um relativo desvirtuamento do conceito substantivo de regulação, de forma a abranger realidades que, de outra maneira, não caberiam neste conceito (...). Por outro lado, à proliferação de actuações administrativas unilaterais juridicamente relevantes, que ficam de fora do conceito de acto administrativo», mas que se entende que lhe devem ser juridicamente equiparadas, as quais adoptam denominações muito diversas, nomeadamente de “actuações administrativas informais” (“informales Verwaltungshandeln”), de “actividades de Administração soberana simples” (“schlichte Hoheitstätigkeit”), ou de “actos materiais” (“Realakte”) (VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., pp. 608 e 609). A este fenómeno acresce ainda a tendência dominante, no direito alemão, para fazer da relação jurídica o novo “centro” da dogmática administrativa, ocupando o lugar tradicionalmente ocupado pelo acto administrativo. Sobre o problema da impugnabilidade do acto administrativo, em geral, vide por todos WOLF-RÜDIGER SCHENKE, «Verwaltungsprozessrecht», 8ª edição, C.F. Müller, 2002, mx. pp.175 e ss. e 236 ess.; FRIEDHELM HUFEN, «Verwaltungsprozessrecht», 5ª. Edição, Beck, München, 2003, pp. 227 e ss. e 423 e ss.

³⁶ A “escola clássica de Lisboa”, na esteira de MARCELLO CAETANO, distinguia entre um conceito amplo de acto administrativo e um conceito restrito de acto impugnável, que se caracterizava pelas características (substantivas) da definitividade e da executoriedade. Neste sentido, vide MARCELLO CAETANO, «Manual de D. A.», cit., vol.I, cit., pp. 427 e ss.; FREITAS DO AMARAL, «Curso de D. A.», cit., vol. II, pp 203 e ss. (mx. pp. 253 e ss.).

³⁷ Tradicional, na “escola de Coimbra” (mas com defensores também em Lisboa) era a adopção de um conceito restrito de acto administrativo, tanto para efeitos substantivos como processuais, caracterizado pela ideia de regulação ou de determinação de efeitos jurídicos novos, e afastando dessa qualificação outras actuações jurídicas unilaterais denominadas como “actos instrumentais” (ROGÉRIO SOARES) ou “actos auxiliares” (SÉRVULO CORREIA). Neste sentido, vide por todos, em Coimbra, ROGÉRIO SOARES, «Direito Administrativo», lições policopiadas, Coimbra, 1978, páginas 51 e seguintes; em Lisboa, SÉRVULO CORREIA, «Noções de Direito Administrativo», volume I, Danúbio, Lisboa, 1982, páginas. 288 e seguintes.

³⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 627.

categoria deles». Impugnáveis «são todos os actos administrativos que, em razão da sua “situação”, sejam susceptíveis de provocar uma lesão ou de afectar imediatamente posições subjectivas de particulares». Tão importante é esta abertura da noção processual de acto administrativo, que o legislador constituinte lhe atribuiu mesmo natureza de direito fundamental, incluindo expressamente a faculdade de impugnar quaisquer actos administrativos susceptíveis de lesar posições subjectivas dos particulares no próprio conteúdo do direito de acesso à justiça administrativa (artigo 268º, n.º 4, da Constituição).

A reforma, na linha das opções constitucionais e do que já tinha sido consagrado ao nível da regulação do procedimento, vai também proceder à «abertura» do Contencioso Administrativo, que não trata mais apenas dos actos da Administração Agressiva, mas que passou também a ter de se ocupar da multiplicidade e diversidade das formas de actuação da Administração Prestadora e Infra-estrutural, fazendo incidir a sua apreciação sobre o universo do procedimento e da relação jurídica administrativa» (bilateral e multilateral)³⁹. Assim concretizando o modelo constitucional de uma Justiça Administrativa plenamente jurisdicionalizada e destinada a garantir de forma integral e efectiva os direitos dos particulares nas relações jurídicas administrativas (conforme estabelecido nos artigos 202º e seguintes e nos números 4 e 5 do artigo 268º da Constituição).

Se se atentar na noção de acto administrativo, pressuposta e adoptada pelo legislador da reforma do contencioso, pode-se dizer que ela apresenta, em relação às concepções tradicionais, dois tipos de transformações, que se podem distinguir entre:

- externas, na medida em que são determinadas pelas opções globais em matéria de processo, mas que não podem deixar de se reflectir em tal noção;
- internas, uma vez que resultam da própria modificação da noção de acto, em si mesma, resultando da mudança de pressupostos e de condições da respectiva apreciação contenciosa⁴⁰.

Das transformações externa, a título de síntese e realçando (de forma esquemática) apenas aquelas opções da justiça administrativa que mais directamente se prendem com a (evolução da) noção de acto administrativo, permito-me realçar as seguintes:

³⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Nome e a C.» – A A. C. R. de A. e a R. do C. A., in «Ventos de M. no C. A.», cit., p. 136.

⁴⁰ Como é óbvio, esta distinção, entre transformações externas ou internas tem mais que ver com uma tentativa de “arrumação lógica” do tratamento da matéria, do que com a criação de “categorias científicas”, mais ou menos estanques.

a) a “abertura” do Processo Administrativo ao controlo da relação jurídica e do procedimento (concretizando assim a disposição constitucional do artigo 212º, nº. 3, que estabelece que o objecto do contencioso administrativo são as «relações jurídicas administrativas e fiscais» e que se encontra plasmada no artigo 1º do Estatuto). Abertura à relação jurídica material que se traduziu, entre outras coisas, no princípio de que a todo o direito do particular deve corresponder uma tutela judicial adequada – e efectiva - (artigo 2º, do Código de Processo); na regra pela qual se permite a cumulação de pedidos a fim de permitir a apreciação da integralidade da relação controvertida (artigo 4º, do Código de Processo); ou na norma que, para salvaguarda dos direitos da relação jurídica administrativa, permite mesmo a apreciação, a título incidental, de um acto administrativo que se tornou inimpugnável (artigo 38º do Código) – afastando assim a ideia de um pretense efeito convalidatório (substantivo) dos actos cuja anulação já não é mais possível pelo decurso do prazo (de efeitos meramente processuais) ⁴¹ –; ou ainda na disposição que, ao estabelecer a impugnabilidade dos actos procedimentais (vide o artigo 51º, do Código), atribui relevância jurídica autónoma às relações estabelecidas no decurso de um procedimento administrativo. Sendo certo que tal abertura à relação material vai implicar, igualmente, o estabelecimento de uma relação jurídica processual, mediante a consagração de princípios como o da igualdade das partes (artigo 6º, do Código de Processo), ou o da cooperação e da boa fé processual (artigo 8º, do Código de Processo), que são o espelho, ao nível do Contencioso Administrativo, do que se verifica no plano substantivo;

b) o abandono do clássico recurso de anulação⁴² e sua substituição por uma acção administrativa especial, em que o juiz administrativo goza de poderes de plena jurisdição. Assim, se superando definitivamente os “traumas de infância” da Justiça Administrativa,

⁴¹ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Acção para o Reconhecimento de Direitos», in «Ventos de M. no C. A.», cit., pp. 49 e ss. (mx. 58 e ss.).

⁴² Conforme anteriormente escrevi, «o “recurso por excesso de poder” começou por ser um simples recurso hierárquico jurisdicionalizado, uma vez que tanto o autor do acto como a entidade controladora se integravam na esfera da Administração». Mas, posteriormente ao “baptismo” e à “confirmação” da Justiça Administrativa, o recurso de anulação – tal como existia, no direito português, depois da reforma de 1984/85, mas antes da presente reforma do contencioso - «não é um recurso nem é somente de anulação, pelo que o nome não condiz com a realidade designada». E acrescentava-se que não é um recurso, mas sim uma acção, porque «não versa sobre uma decisão judicial nem consiste numa apreciação judicial de segunda instância», antes se trata «de uma primeira apreciação jurisdicional de um litígio emergente de uma relação jurídica administrativa, na sequência da prática de um acto pela Administração» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «“O Nome e a C.” – A A. C. R. de A. e a R. do C. A.», in «Ventos de M. no C. A.», cit., p. 138). Mas também não é «apenas de anulação, uma vez que, por um lado, sob essa denominação, podem também ser proferidas sentenças condenatórias (v.g. quando estiver em causa o exercício de poderes vinculados) ou de simples apreciação (v.g. a declaração de nulidade de um acto administrativo), por outro lado, as sentenças ditas de anulação não possuem apenas efeitos demolitórios mas gozam igualmente de uma eficácia repristinatória e conformadora» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «“O Nome e a C.” – A A. C. R. de A. e a R. do C. A.», in «Ventos de M. no C. A.», cit., p. 142).

que estiveram na origem da concepção do recurso de anulação como “processo ao acto”. O que implicou substituir um conceito restritivo de acto administrativo, construído em função da actuação autoritária da Administração Agressiva e delimitado em razão de um exclusivo meio processual, e de efeitos limitados, como era o clássico recurso de anulação, por uma noção ampla de acto administrativo, susceptível de compreender também as actuações da Administração Prestadora e Infra-estrutural, no âmbito de um contencioso em que os meios processuais são diversificados em razão dos pedidos, mas em que também os próprios pedidos podem ser cumulados, de modo a permitir uma tutela plena e efectiva dos direitos dos particulares nas relações jurídicas administrativas (vide os artigos 4.º e 47.º, do Código);

c) a delimitação do Contencioso Administrativo em razão da função administrativa, e já não do poder administrativo. Também aqui se verificando a superação dos “traumas” da “infância difícil” do Contencioso Administrativo – o qual, nos primórdios, correspondera a um “privilégio de foro”, mediante a consagração de um juiz privativo para a Administração – e que conservara dessa origem histórica, de acordo com os cânones da concepção clássica da “doutrina do processo ao acto” (HAURIOU), o entendimento da Justiça Administrativa com um âmbito limitado apenas aos actos de autoridade, típicos da Administração Agressiva. Ora, a referida evolução dos módulos de Estado e de Administração, assim como a concomitante transformação do Contencioso Administrativo, nos Estados de Direito, implicou o alargamento do âmbito da justiça administrativa, que deixou de incidir apenas sobre os actos de “autoridade”, para se ocupar também dos actos da “função” administrativa, que deixou de apreciar somente as “relações de poder” para passar a controlar todas as relações jurídicas administrativas (vide o artigo 212.º, n.º 3, da Constituição portuguesa). Tal transição de um contencioso ainda muito marcado pela ideia de controlo do poder, para uma justiça tendo por objecto a globalidade da função administrativa é notória, por exemplo, no que respeita à opção de pôr termo à (anteriormente existente) dualidade de jurisdições em matéria de contratos e de responsabilidade da Administração (vide os artigos 4.º, n.º 1, alíneas e, f, g, h, i, do Estatuto e 37.º seguintes do Código, relativos à “acção administrativa comum”). Assim se transferindo para o âmbito do Contencioso Administrativo todas as questões em matéria contratual e de responsabilidade, que correspondam ao exercício da função administrativa. Pena é que, no que respeita à responsabilidade civil pública, a reforma tivesse ficado “a meio do caminho” e que a unidade jurisdicional, agora consagrada, não tivesse sido

acompanhada da necessária unificação e reforma do respectivo regime jurídico substantivo (continuando a manter-se em vigor a indesejável e inadequada dualidade legislativa, assente na ilógica e obsoleta distinção entre actos de gestão pública e de gestão privada).

Mas, como se disse, mais importantes do que estas transformações externas, são as próprias transformações internas do conceito de acto administrativo, por comparação com os paradigmas clássicos, que foram introduzidas pela reforma do contencioso, e das quais se podem destacar as seguintes:

a) O alargamento da impugnabilidade dos actos administrativos, que passa a ser determinada em razão da eficácia externa e da lesão dos direitos dos particulares (artigo 51º, n.º 1 do Código). Desta forma se dando cumprimento ao disposto no artigo 268º, n.º 4, da Constituição, que estabelece um direito fundamental de impugnação dos actos administrativos lesivos dos particulares, no âmbito de um Contencioso Administrativo plenamente jurisdicionalizado e de natureza predominantemente subjectiva, porque destinado a garantir a tutela integral e efectiva dos particulares.

Relativamente à susceptibilidade de lesão de direitos deve dizer-se, em primeiro lugar, que ela consiste num pressuposto processual relativo ao acto administrativo e não à legitimidade das partes, pois uma coisa é afirmar que um acto administrativo está em condições de produzir uma lesão em posições substantivas dos particulares, outra coisa diferente é a alegação pelo particular da titularidade de um direito, que foi lesado por um acto administrativo ilegal⁴³. No primeiro caso, a questão diz respeito à situação do acto administrativo e à sua susceptibilidade de provocar ou não uma lesão, pelo que está em causa a verificação de um pressuposto processual relativo ao comportamento da Administração, no segundo caso, do que se trata é da alegação pelo particular de uma posição de vantagem, pelo que se está perante um pressuposto processual relativo aos sujeitos.

Em segundo lugar, há ainda que esclarecer que, ao estabelecer um direito fundamental de impugnação de actos administrativos susceptíveis de lesar os direitos dos particulares (artigo 268.º, n.º 4, da Constituição), a Constituição

⁴³ Em sentido contrário, vide SÉRVULO CORREIA, «Unidade ou Pluralidade de Meios Processuais Principais no Contencioso Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 22, Julho/ Agosto, 2000, página 31.

está a consagrar um modelo de Justiça Administrativa de matriz predominantemente subjectiva, que tem por função e natureza principais a protecção dos direitos dos particulares. Mas, a Constituição não é uma lei de processo, pelo que se é inequívoco que, sempre que estão em causa direitos dos particulares, o critério de apreciação jurisdicional das actuações administrativas não pode deixar de ser o da susceptibilidade de lesão das respectivas posições substantivas, tal não significa, contudo, que o Contencioso Administrativo de um Estado de Direito não possa desempenhar também, complementarmente, uma função de tutela directa da legalidade e do interesse público – o que no nosso sistema é realizado através dos mecanismos da acção pública e da acção popular. Impunha-se, assim, ao legislador da reforma que, por um lado, consagrasse o critério do acto lesivo (ou, melhor dito, do acto susceptível de lesão) sempre que esteja em causa a acção para defesa de posições substantivas dos particulares – concretizando assim as opções da Constituição - e, por outro lado, estabelecesse outro critério de impugnabilidade de actos administrativos sempre que esteja em causa a tutela directa da legalidade e do interesse público. Nesta medida, o critério da impugnabilidade do acto administrativo, sem se confundir com o pressuposto processual da legitimidade - repita-se -, está com ela intimamente relacionado, pois depende da questão de saber se está em causa uma acção jurídico-subjectiva ou, em alternativa, uma acção pública ou uma acção popular.

Assim, julgo correcta a solução material adoptada pelo legislador em matéria de impugnabilidade (no referido artigo 51.º, n.º 1, do Código), ao referir-se a actos com eficácia externa e a actos lesivos, o que é de entender à luz da Constituição. Pelo que o critério de impugnabilidade depende da função e da natureza da acção de impugnação, havendo que distinguir consoante:

- 1) se trata de uma acção para a tutela de um direito (ou, se se preferir, de uma posição substantiva de vantagem) do particular em face da Administração, caso em que o meio processual de impugnação (nos termos do direito fundamental do artigo 268º, nº 4, da Constituição) assume uma função predominantemente subjectiva – pois se destina a garantir, em primeira linha, uma tutela plena e efectiva do particular e só em segunda linha,

ainda que simultaneamente, se destina à tutela da legalidade e do interesse público – e, nesse caso o critério da impugnabilidade é determinado pela lesão dos direitos dos particulares;

- 2) ou se trata de uma acção para defesa da legalidade e do interesse público (como sucede nos casos da acção pública e da acção popular), em que a função do meio processual é predominantemente objectiva e, então, a recorribilidade depende da eficácia externa do acto administrativo.

Mas, se a solução é correcta, a formulação do n.º 1, do artigo 51.º, do Código, resulta algo infeliz. Pois ela parece dar a entender que o critério mais amplo é o da eficácia externa, sendo o critério da susceptibilidade de lesão de direitos uma mera especificação dentro do primeiro («são impugnáveis os actos administrativos com eficácia externa, especialmente aqueles cujo conteúdo seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos»), quando se trata antes de dois critérios autónomos, com distinta natureza e função. Ora, esta aparente subalternização do critério da susceptibilidade de lesão de direitos não só é teoricamente insustentável – tanto da perspectiva qualitativa (segundo a Constituição, a função principal da justiça administrativa é a da protecção jurídica subjectiva), como quantitativa (a maior parte dos processos julgados nos tribunais administrativos correspondem a acções para defesa de direitos, sendo muito menos frequentes os casos de acção pública e de acção popular) -, como também é expressamente contrariada pelo regime jurídico consagrado pelo Código, que prevê a impugnação de actos desprovidos de eficácia externa (artigo 54.º), desde que lesivos (a provar que o critério da lesão funciona para além do da eficácia externa). Susceptibilidade de lesão de direitos e eficácia externa são, pois, dois critérios distintos de impugnabilidade dos actos administrativos, que dependem da natureza e da função do meio processual em causa.

b) A extensão da impugnabilidade decorrente da possibilidade de apreciação dos actos procedimentais. O que implica a relevância jurídica autónoma do procedimento e o abandono de uma qualquer ideia de “definitividade horizontal” dos actos administrativos como critério de impugnabilidade, também aqui dando

cumprimento, pela via legislativa, ao imperativo da lei fundamental que (desde a revisão constitucional de 1989) tornara inconstitucional aquela exigência ⁴⁴.

Assim, os actos de procedimento são susceptíveis de impugnação autónoma (artigo 51º, nº 1, do Código)⁴⁵, o que significa a continuação da transformação de um Contencioso Administrativo outrora exclusivamente centrado no acto administrativo, num processo que passa a alargar o seu objecto às relações jurídicas administrativas, designadamente as que têm lugar no decurso do procedimento. Uma vez que «qualquer acto administrativo é susceptível de impugnação contenciosa (...) em resultado da verificação do pressuposto processual da lesão de direitos dos particulares, não há qualquer problema em admitir que uma medida administrativa produza simultaneamente efeitos externos e lesivos e efeitos internos de preparação de outras decisões, em cujo procedimento esteja inserida. Pois, perante um acto administrativo, a única coisa que é preciso saber é se ele afecta imediatamente, ou não, os direitos dos particulares, para nada interessando o facto dele ter sido praticado no início, no meio, ou no fim do procedimento»⁴⁶.

E isto sem que se ponha em causa o direito fundamental à tutela judicial do particular, na medida em que a não impugnação do acto de procedimento («salvo quando o acto em causa tenha determinado a exclusão do interessado do procedimento») não preclude a possibilidade de impugnar a decisão «final com fundamento em ilegalidades cometidas ao longo do procedimento» (artigo 51º, nº 3, do Código). Daí que, perante um acto de procedimento lesivo dos seus direitos, o particular possa escolher entre impugnar desde logo essa actuação, ou esperar antes pela decisão final do procedimento, sem que o seu direito fundamental à protecção judicial possa ser por isso afectado⁴⁷. ⁴⁸

⁴⁴ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA «Em Busca do A. A. P.», cit., p.p. 629 e ss..

⁴⁵ Como se estabelece no artigo 51º, nº 1, do Código de Processo Administrativo, «ainda que inseridos num procedimento administrativo, são impugnáveis os actos administrativos ...».

⁴⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA «Em Busca do A. A. P.», cit., pp. 701 e 702.

⁴⁷ Conforme escrevi antes da reforma, mas tendo em conta o paradigma constitucional, «o alargamento do universo dos actos recorríveis, intencionado pelo legislador constituinte (artigo 268.º, nº 4), não pode significar a diminuição das hipóteses de recurso contencioso por parte do particular, nomeadamente, através da preclusão da possibilidade de impugnar a decisão administrativa final. A nova formulação do direito fundamental (...) constitui um *plus* e não um *minus* relativamente à tradicional garantia de recurso contra os actos definitivos e executórios, pelo que o recurso contra actos de procedimento de carácter lesivo deve acrescer ao (e não substituir o) tradicional direito de recurso contra decisões finais» (VASCO PEREIRA DA SILVA «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 702).

⁴⁸ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA «Em Busca do A. A. P.», cit., pp. 691 e ss., mx. pp. 708 e 709. Conforme já então se escrevia, é «útil analisar, a esta nova luz, alguns exemplos de actos administrativos cuja recorribilidade era discutida (e, em regra, negada) mas que, hoje em dia, não podem deixar de se entender abrangidos pela garantia de recurso contencioso (...): [p.g.] os actos administrativos praticados no decurso do procedimento, os pareceres vinculativos, as verificações constitutivas, os actos internos, as decisões provisórias, os actos postos em execução a título experimental, os actos de execução, as ordens de

c) A possibilidade de controlo judicial imediato dos actos dos subalternos. Trata-se, também aqui, de retirar todas as consequências do direito fundamental de impugnação contenciosa de actos administrativos (artigo 268º, n.º 4, da Constituição), desde que lesivos dos particulares, o qual, conforme tenho defendido, feriu de inconstitucionalidade as disposições legais que estabelecem o recurso hierárquico necessário⁴⁹. É, pois, de saudar a orientação do legislador no sentido de determinar a impugnabilidade dos actos administrativos em razão da eficácia externa e da lesão dos direitos dos particulares, afastando assim expressamente toda e qualquer exigência de recurso hierárquico necessário (artigo 51º, n.º 1, do Código)⁵⁰.

A exigência do prévio esgotamento das garantias administrativas como condição necessária de acesso aos tribunais constituía, de resto, uma das mais persistentes manifestações dos “traumas de infância” do Contencioso Administrativo, enquanto resquício dos tempos do administrador-juiz. E mesmo quando, em nossos dias, os defensores da sua manutenção propõem “novas justificações para velhos recalamentos”, nomeadamente o de que se trataria da «manifestação de uma procura de meios alternativos de resolução de litígios – de acordo com a filosofia da moda, [segundo a qual] o acesso ao direito não se confunde com o acesso ao juiz.» -, «forçoso é constatar [que elas representam] uma tendência (uma tentação?) de restrição do acesso ao juiz (...) [.] um sinal, entre outros, do estrangulamento persistente das jurisdições administrativas» (PIERRE-FRANÇOIS RACINE)⁵¹.

Antes da reforma, sempre defendi a inconstitucionalidade da regra do recurso hierárquico necessário, com base nos argumentos seguintes (que passo a enunciar, em termos muito sintéticos), por entender que ela configurava a violação:

regularização de situações ilegais, as declarações de incompetência, as promessas, os actos confirmativos» (p. 691).

⁴⁹ Para maior desenvolvimento da questão, vide VASCO PEREIRA DA SILVA «Em Busca do A. A. P.», cit., pp. 660 e ss., mx. pp. 677 e ss.; «Breve Crónica de uma Reforma Anunciada», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 1, Janeiro / Fevereiro de 1997, páginas 3 e seguintes; «O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “ainda por Concretizar”?», in «Ventos de M. no C.A.», cit., pp. 87 e ss..

⁵⁰ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «De Necessário a Útil: a Metamorfose do Recurso Hierárquico no Novo Contencioso Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 47, Setembro / Outubro 2004, páginas 21 e seguintes (texto que resultou da autonomização, para efeito de publicação, com as necessárias adaptações, de excertos do presente livro relativos ao recurso hierárquico necessário).

⁵¹ PIERRE-FRANÇOIS RACINE, «Les Grands Principes Spécifiques au Procès Administratif», in RÉMY CABRILLAC / MARIE-ANNE FRISON-ROCHE / THIERRY REVET, «Libertés et Droits Fondamentaux», 8.ª edição, 2002, Dalloz, Paris, página 627.

- a) do princípio constitucional da plenitude da tutela dos direitos dos particulares (artigo 268º, n.º 4, da Constituição), pois a inadmissibilidade de recurso contencioso, quando não tenha existido previamente o recurso hierárquico necessário, equivale, para todos os efeitos, a uma verdadeira negação do direito fundamental de recurso contencioso;
- b) do princípio constitucional da separação entre a Administração e a Justiça (vide os artigos 114º, 205º e seguintes., 266º e seguintes, da Constituição), por fazer precluir o direito de acesso ao tribunal em resultado da não utilização de uma garantia administrativa (que não poderá ser outra coisa se não facultativa);
- c) do princípio constitucional da desconcentração administrativa (artigo 267º, n.º 2, da Constituição), que implica a imediata recorribilidade dos actos dos subalternos sempre que lesivos, sem prejuízo da lógica do modelo hierárquico de organização administrativa, pois o superior continua a dispor de competência revogatória (artigo 142º do Código de Procedimento Administrativo⁵²);
- d) do princípio da efectividade da tutela (artigo 268º, n.º 4, da Constituição), em razão do efeito preclusivo da impugnabilidade da decisão administrativa, no caso de não ter havido interposição prévia de recurso hierárquico, no prazo de trinta dias (artigo 168º, n.º 2, do Código de Procedimento Administrativo)⁵³, reduzindo assim drasticamente o prazo de impugnação de actos administrativos⁵⁴, o qual, por ser manifestamente curto, poderia equivaler, na prática, à inutilização da possibilidade de exercício do direito e, como tal, susceptível de ser equiparada à lesão do próprio conteúdo essencial do direito.

⁵² O artigo 148º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, considera «competentes para a revogação dos actos administrativos, para além dos seus autores, os respectivos superiores hierárquicos, desde que não se trate de acto da competência exclusiva do subalterno».

⁵³ Segundo o artigo 168º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, «sempre que a lei não estabeleça prazo diferente, é de 30 dias o prazo para a interposição do recurso hierárquico necessário».

⁵⁴ Este argumento já era decisivo antes da presente reforma do Contencioso Administrativo, pois o prazo normal de interposição de recurso contencioso era de dois meses, pelo que a exigência de recurso hierárquico necessário significava, na prática, a redução desse prazo a metade (vide o artigo 28º, n.º 1, da LEPTA, que estabelecia prazos de impugnação que variavam de dois meses a um ano). Mas o argumento continua a fazer sentido em face dos novos prazos de impugnação (3 meses a um ano, segundo o artigo 58º, do Código de Processo), já que a redução prática de tais prazos a um mês, que é o prazo de utilização do recurso hierárquico necessário, continua a poder considerar-se como uma restrição grave à efectividade do exercício do direito de acesso à justiça, susceptível de ser equiparada à lesão do próprio conteúdo essencial da posição jurídica subjectiva constitucional.

Tal posição não era, no entanto, sufragada pela jurisprudência nem por importantes sectores da doutrina⁵⁵. Pela minha parte, reitero a posição defendida (e a respectiva argumentação), que julgo manter-se válida e actual, mas considero também que não basta, agora, repetir acriticamente os argumentos da “velha” discussão relativa às vantagens e aos inconvenientes, ou à conformidade ou desconformidade com a Constituição do recurso hierárquico necessário, tal como a questão se colocava antes da presente reforma, pois isso se assemelharia ao comportamento de Charlot, no filme “Tempos Modernos”, que, saído da cadeia de montagem de uma fábrica, continuava mecanicamente a apertar porcas e parafusos, como se ainda não tivesse parado de trabalhar... Antes é imperioso repensar o problema, considerando tanto as opções constitucionais como a forma como elas foram efectivamente concretizadas pelo legislador do Processo Administrativo. Ora, em minha opinião, o legislador da reforma veio afastar, de modo expresse e inequívoco, a necessidade de recurso hierárquico como condição de acesso à justiça administrativa, daqui decorrendo novos argumentos favoráveis à posição que defendia, de inconstitucionalidade da referida exigência⁵⁶.

De referir, ainda, para melhor enquadrar o problema, que a distinção entre recurso hierárquico necessário e facultativo tinha única e exclusivamente que ver com a questão de saber se o acto administrativo era «ou não insusceptível de recurso contencioso» (artigo 167º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo). Desta forma, a “necessidade” do recurso hierárquico não dizia respeito à existência, nem à produção de efeitos do acto administrativo, mas tão só à respectiva impugnabilidade contenciosa, constituindo um mero pressuposto processual daquele. O acto administrativo praticado pelo subalterno era, pois, “idêntico” ao praticado pelo superior hierárquico, produzindo os mesmos efeitos jurídicos, pelo que a “necessidade” da intervenção do órgão de topo da hierarquia só se verificaria se o particular pretendesse contestá-lo judicialmente, caso contrário ele continuaria a sua vigência normal. À semelhança das “lágrimas” do conhecido poema de António Gedeão, se se “pedisse para analisar” o acto administrativo de

⁵⁵ Vide, por todos, o Acórdão n.º 499 / 96, do Tribunal Constitucional, pronunciando-se no sentido da não inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, e respectiva anotação feita por VIEIRA DE ANDRADE (VIEIRA DE ANDRADE, «Em Defesa do Recurso Hierárquico Necessário – Ac. n.º 499/96, do Tribunal Constitucional», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 0, Novembro / Dezembro de 1996, páginas 13 e seguintes).

⁵⁶ Neste sentido, embora manifestando (algo estranhas e contraditórias) dúvidas quanto à efectividade de tal solução, vide também PAULO OTERO, «Impugnações Administrativas», in «Caderno de Justiça Administrativa», n.º 28, Julho / Agosto, 2001, páginas 50 e seguintes (maxime página 54).

um subalterno e de um superior hierárquico, forçoso seria concluir pela sua identidade jurídica...

Segundo creio, o Código de Processo afasta inequívoca e definitivamente a “necessidade” de recurso hierárquico, como pressuposto de impugnação contenciosa dos actos administrativos, através das seguintes disposições:

- Consagração da impugnabilidade contenciosa de qualquer acto administrativo que seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares ou que seja dotado de eficácia externa (artigo 51º, n.º 1, do Código). Ora, os actos dos subalternos, da mesma maneira como os actos dos superiores hierárquicos, são susceptíveis de preencher as referidas condições e, como tal, de ser autonomamente impugnados, pelo que, ao não haver no Código de Processo Administrativo qualquer referência - expressa ou implícita ⁵⁷ - à necessidade de prévia interposição de uma garantia administrativa para o uso de meios contenciosos, ela deve ser considerada como afastada pela legislação contenciosa (mesmo que, porventura, conste de uma qualquer lei substantiva, a qual, em face da lei processual, fica desprovida de objecto). O que vale tanto para as disposições do Código de Procedimento Administrativo que regulam o recurso hierárquico necessário, como relativamente a qualquer lei avulsa que consagre a obrigatoriedade de recurso hierárquico ou outra garantia administrativa (reclamação, recurso impróprio);

- Atribuição de efeito suspensivo do prazo de impugnação contenciosa do acto administrativo à utilização de garantias administrativas (artigo 59.º, n.º 4)⁵⁸. O que significa conferir uma maior eficácia à utilização de garantias administrativas, dado que o particular, que decida optar

⁵⁷ Diferentemente do que agora se verifica, antes da reforma, as leis de processo faziam referência ao recurso hierárquico necessário, tanto de forma expressa (vide o artigo 34.º da LEPTA, que estabelecia o regime jurídico da “precedência de impugnação administrativa”), como implícita (vide o artigo 25º, n.º 1, da LEPTA, que determinava só ser «admissível recurso dos actos definitivos e executórios», remetendo implicitamente para a construção teórica da “definitividade vertical”, que dependia da prévia interposição de recurso hierárquico necessário).

⁵⁸ De acordo com o artigo 59º, n.º 4, do Código, «a utilização de meios de impugnação administrativa suspende o prazo de impugnação contenciosa do acto administrativo, que só retoma o seu curso com a notificação da decisão proferida sobre a impugnação administrativa ou com o decurso do respectivo prazo legal».

previamente por essa via, sabe agora que o prazo para a impugnação contenciosa só voltará a correr depois da decisão do seu pedido de reapreciação do acto administrativo.

Assim, da perspectiva do particular, passa a poder valer a pena solicitar previamente uma “segunda opinião” por parte da Administração, não vendo precludido o seu direito de impugnação contenciosa pelo decurso do prazo, restando igualmente esperar que, do lado da Administração, as garantias administrativas sejam efectivamente consideradas como uma oportunidade de proceder à reapreciação da questão e aproveitadas para, sendo caso disso, satisfazer, logo aí, as pretensões dos privados (e não vistas como uma “prática rotineira”, determinada pela inércia ou pela lógica da “não-contradição”, que conduz à confirmação, por sistema, da decisão anterior - como, na prática, infelizmente, hoje tantas vezes sucede). Só assim as garantias administrativas podem funcionar como verdadeiros instrumentos de protecção subjectiva e de tutela objectiva da legalidade e do interesse público, adquirindo igualmente uma função de composição preventiva de litígios contenciosos⁵⁹. Numa só frase, de acordo com o novo Código, o recurso hierárquico, tal como as demais garantias administrativas, passam a ser sempre “desnecessárias”, mas tornam-se agora também sempre “úteis”.

Da minha perspectiva, o legislador poderia ter dado ainda “um passo mais”, no sentido de garantir a plena eficácia e utilidade das garantias administrativas. Que era o de determinar não apenas o efeito suspensivo do prazo de impugnação contenciosa, mas também o efeito suspensivo da própria execução de decisão administrativa, generalizando assim, a todas as garantias administrativas, o regime jurídico que se encontra estabelecido para os casos de recurso hierárquico necessário⁶⁰. Mas sempre se pode dizer, em abono da solução encontrada, que tal

⁵⁹ Pronunciando-se acerca do Projecto de Código de Processo Administrativo, PAULO OTERO refere que, em virtude da regra da suspensão dos prazos, se «acaba por transformar a impugnação administrativa facultativa em impugnação recomendável» (PAULO OTERO, «Impugnações A.», cit., in «Cadenos de J. A.», cit., p. 52.

⁶⁰ De acordo com o n.º 1, do artigo 170.º, do Código de Procedimento Administrativo, «o recurso hierárquico necessário suspende a eficácia do acto recorrido, salvo quando a lei disponha em contrário ou quando o autor do acto considere que a sua não execução imediata crie grave prejuízo para o interesse público».

medida não é já de natureza estritamente processual, pelo que a consagração desse regime suspensivo da eficácia dos actos administrativos deverá ser antes realizado pela necessária revisão do Código de Procedimento Administrativo, a fim de o compatibilizar com o novo regime processual. Oxalá...

- Estabelecimento da regra segundo a qual, mesmo nos casos em que o particular utilizou previamente uma garantia administrativa e beneficiou da consequente suspensão do prazo de impugnação contenciosa, isso não impede a possibilidade de imediata impugnação contenciosa do acto administrativo (artigo 59º, n.º 5, do Código)⁶¹. O que significa o afastamento inequívoco da “necessidade” de recurso hierárquico, bem como de qualquer outra garantia administrativa, já que doravante é sempre possível ao particular aceder de imediato à via contenciosa, independentemente de ter ou não feito uso dessa via graciosa.

Assim, não só o particular tem agora sempre a possibilidade de escolher entre utilizar previamente uma garantia graciosa ou de aceder desde logo ao tribunal, como também, mesmo naqueles casos em que decidiu fazer uso prévio da via administrativa (o que vale para todas as garantias administrativas, quer as antes consideradas “necessárias”, quer as ditas “facultativas”), tal em nada obsta, nem condiciona, a faculdade de suscitar a imediata apreciação jurisdicional do litígio, já que o privado continua a poder optar (a qualquer momento e sem ter de esperar pela decisão da Administração) por proceder à impugnação contenciosa do acto administrativo, assim como requerer as providências cautelares que entender adequadas.

Desta forma, desaparece a “necessidade” tanto do recurso hierárquico como de qualquer outra garantia administrativa. E isto, no duplo sentido de não mais ser necessária a sua prévia utilização para aceder ao Contencioso Administrativo, e de não ser mais também necessário, nos casos em que o particular optou por usar antecipadamente a via administrativa, esperar pelo resultado dessa

⁶¹ Segundo o n.º 5, do artigo 59º, do Código de Processo Administrativo, «a suspensão do prazo prevista no número anterior não impede o interessado de proceder à imediata impugnação contenciosa do acto na pendência da impugnação administrativa, bem como de requerer a adopção de providências cautelares».

diligência para, desde logo, impugnar contenciosamente o acto administrativo. Todas as garantias administrativas passaram a ser, portanto, “facultativas”, delas deixando de depender o acesso ao juiz.

Tudo visto, forçoso é concluir que o Código de Processo Administrativo consagrou o afastamento da regra do recurso hierárquico necessário, bem como de outras garantias administrativas susceptíveis de ser consideradas como necessárias, estabelecendo, nos termos da Constituição, um regime jurídico que permite o imediato acesso à apreciação contenciosa de actos administrativos. Isto, ao mesmo tempo, que comina o efeito suspensivo automático do prazo de impugnação contenciosa das decisões administrativas, decorrente da prévia utilização das garantias administrativas, de forma a aumentar a respectiva eficácia tanto do ponto de vista da protecção subjectiva como da tutela objectiva da legalidade e do interesse público.

Mas, se é pacífico afirmar que «o CPTA não exige (...), em termos gerais, que os actos administrativos tenham sido objecto de prévia impugnação administrativa para que possam ser objecto de impugnação contenciosa (M.AROSO DE ALMEIDA)⁶², tende agora a surgir uma interpretação restritiva deste regime jurídico⁶³, segundo a qual se estaria aqui apenas perante uma revogação da regra geral da exigência de recurso hierárquico necessário, constante do Código de Procedimento Administrativo, mas que ela não implicaria a revogação de eventuais regras especiais, que consagrassem tal exigência, quando existissem, nem afastaria a possibilidade do estabelecimento de similares exigências em lei especial.

Assim, de acordo com esta interpretação restritiva, independentemente da revogação da regra geral, o Código «não tem (...) o alcance de revogar as múltiplas determinações legais avulsas que instituem impugnações administrativas necessárias, disposições que só poderiam desaparecer mediante disposição expressa que determinasse que todas elas se consideram extintas» (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA)⁶⁴. Pelo que, «na ausência de determinação legal expressa em sentido

⁶² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «O Novo Regime do P. nos T. A.», cit., p. 147.

⁶³ Neste sentido, vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «As Implicações de Direito Substantivo da Reforma do Contencioso Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 34, Julho / Agosto 2002, páginas 71 e seguintes; VIEIRA DE ANDRADE, «A Justiça A. (L.)», cit., pp. 203 e ss., mx. p. 222, nota 470.

⁶⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «O Novo R.do P. nos T. A.», cit., p. 147.

contrário, deve entender-se que os actos administrativos com eficácia externa são imediatamente impugnáveis perante os tribunais administrativos, sem necessidade da prévia utilização de qualquer via de impugnação administrativa. As decisões administrativas continuam, no entanto, a estar sujeitas a impugnação administrativa necessária nos casos em que isso esteja expressamente previsto na lei, em resultado de uma opção consciente e deliberada do legislador, quando este a considere justificada» (M.AROSO DE ALMEIDA)⁶⁵.

Não acompanho esta interpretação restritiva ou minimalista, que me parece contrariar tanto as disposições constitucionais como o regime jurídico consagrado no Código de Processo Administrativo, e cuja justificação me parece residir mais em considerações de política legislativa do que em argumentos estritamente jurídicos. Da minha perspectiva, não é de adoptar tal interpretação restritiva, designadamente, pelas seguintes razões:

- Em primeiro lugar, não vejo como é possível compatibilizar a “regra geral” da admissibilidade de acesso à justiça, independentemente de recurso hierárquico necessário, com as “regras especiais” que supostamente manteriam tal exigência. Pois, se a única razão de ser da “necessidade” do recurso hierárquico era, como se viu, a de permitir a impugnação do acto administrativo e se, agora, se consagra sempre a possibilidade de impugnação contenciosa imediata dessa decisão administrativa, independentemente da via administrativa prévia e do respectivo efeito suspensivo, então qual é o sentido de considerar que tal exigência se mantém, apesar de já não poder produzir qualquer efeito do ponto de vista contencioso? Faz algum sentido dizer que a impugnação administrativa prévia se tornou desnecessária, para efeito de impugnação contenciosa (que era, precisamente, a única razão de ser da sua existência), mas que continua a poder ser exigida? E se sim, para que efeitos, pois não está aqui em causa a existência nem a eficácia do acto administrativo, mas tão só a possibilidade da respectiva impugnação contenciosa, sendo certo que tal possibilidade, agora, foi expressamente consagrada pelo Código de Processo Administrativo, pelo que uma

⁶⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «O Novo Regime do P. nos T. A.», cit., p. 147.

eventual lei especial, que mantivesse tal exigência, deixaria forçosamente de ter quaisquer consequências contenciosas?

Em síntese, considerar que, a partir de agora, o recurso hierárquico passou a ser sempre “desnecessário” (mesmo que “útil”), mas que ele pode continuar a ser exigido como condição prévia de impugnação, mesmo quando já não pode mais continuar a ser considerado como condição de impugnação, ou como pressuposto processual, é um absurdo. Trata-se de uma contradição insanável, que equivaleria a criar uma nova categoria conceptual: a do “recurso hierárquico necessário desnecessário” ou, se se preferir (porque, no domínio do “sem-sentido”, a ordem dos factores é arbitrária), do “recurso hierárquico desnecessário necessário”⁶⁶.

- Em segundo lugar, para justificar a dualidade de regimes de impugnação de actos administrativos é utilizado um argumento formal para retirar conclusões que, salvo o devido respeito, me parecem infundadas. Diz-se que o Código de Processo revogou a “regra geral” do recurso hierárquico necessário, do Código de Procedimento Administrativo, mas não as “regras especiais”. Ora, admitindo (sem conceder) que isso era assim, então seria forçoso concluir que, antes da reforma, tais normas ditas “especiais” não possuíam especialidade alguma, já que eram apenas a confirmação, ou a reiteração da “regra geral” da impugnação hierárquica necessária. Qual é, pois, o sentido de utilizar o argumento formal de que o Código revogou a “regra geral”, mas não as normas que se limitavam a reiterar a “regra geral” e que, portanto, estavam nela incluídas, nada tendo de especial? Será que a revogação da “regra geral” não tem implícita a revogação de todas as outras normas que se limitavam a reiterar o mesmo regime jurídico? A admitir, sem conceder, o argumento formal aduzido, então, ele só poderia valer para o futuro, perante novas hipóteses de previsão legal de recursos hierárquicos necessários - esses sim, especiais, perante a nova regra geral - e não para o passado, relativamente a

⁶⁶ Sobre o problema da necessidade de ter em conta a manutenção da razão de ser das normas jurídicas para efeito da continuação da respectiva vigência, em tese geral, vide WOLFGANG LOEWER, «*Cessante ratione legis cessat ipsa lex* - Wandlung einer gemeinrechtlichen Auslegungsregel zum Verfassungsgebot?», Walter de Gruyter, Berlin / New York, 1989.

previsões avulsas de impugnações administrativas necessárias que mais não tinham feito do que confirmar a regra geral anterior, e que se deverão considerar igualmente revogadas pela revogação da regra geral.

- Em terceiro lugar, o próprio argumento formal, antes referido, de que o novo regime do Contencioso Administrativo revoga a “regra geral” do recurso hierárquico necessário, constante do Código de Procedimento Administrativo, mas não leis “especiais” avulsas, parece-me ser, ele próprio, improcedente. Já que, da minha perspectiva, o modo mais correcto de colocação do problema do relacionamento entre as normas do Código de Processo Administrativo, que permitem o acesso imediato ao juiz sem qualquer condição de utilização prévia de vias administrativas, e as normas que continuem a prever a existência de garantias administrativas necessárias – o que vale tanto para as constantes do Código de Procedimento Administrativo, como para as que estejam contidas em legislação avulsa, da mesma maneira como vale tanto para o caso de elas serem anteriores como posteriores à reforma – não tem a ver com o fenómeno da revogação, mas sim com o da caducidade destas últimas, por falta de objecto.

Se, como vimos, a única razão de ser da exigência do recurso hierárquico necessário era a de permitir o acesso ao juiz, e se, agora, o Código de Processo estabelece que tal garantia prévia não é mais um pressuposto processual de impugnação de actos administrativos, então isso só pode significar que a exigência do recurso hierárquico em normas avulsas deixa de ter consequências contenciosas, pelo que se deve considerar que (pelo menos, nessa parte) tais normas caducam, pelo desaparecimento das circunstâncias de direito que as justificavam. Caducidade esta, por falta de objecto, que acresceria ao fenómeno, antes referido, de caducidade decorrente da inconstitucionalidade da exigência do recurso hierárquico necessário (por violação do conteúdo essencial do direito à tutela plena e efectiva, assim como dos princípios da divisão de poderes e da descentralização).

E isto vale tanto para previsões especiais de garantias administrativas necessárias que sejam anteriores como posteriores à

reforma (situação esta que só a título de hipótese meramente académica é de admitir, uma vez que, como é sabido, se deve presumir que o legislador ordinário não consagra soluções inconstitucionais ou ilógicas, para além de atentatórias da unidade do sistema jurídico no seu todo). Pois, a admitir, por hipótese absurda, que o legislador ordinário viesse a consagrar, já depois da reforma do Contencioso Administrativo, normas que estabelecessem a necessidade de recurso hierárquico necessário, ainda que a título especial, para além da questão da respectiva inconstitucionalidade, sempre haveria que considerar que a criação dessas “garantias administrativas necessárias desnecessárias” não teria qualquer efeito útil, já que tal “categoria” seria desprovida de consequências contenciosas (em face do novo regime do Código de Processo, lido à luz da Constituição).

- Em quarto lugar, do ponto de vista constitucional, se já era difícil considerar que a exigência do recurso hierárquico necessário não era inconstitucional, antes da Reforma, como se fez referência, eu diria tratar-se agora de uma “missão impossível” justificar, nomeadamente, que, depois da concretização legislativa do direito fundamental de acesso à Justiça Administrativa, mediante a consagração da regra da desnecessidade de impugnação administrativa prévia ao acesso ao juiz, pudessem existir exceções a um tal regime, levando à criação de uma espécie de contencioso “privativo” de certas categorias de actos administrativos, em derrogação ao regime geral, conforme à Constituição. Seria assim como que a “ressurreição” da categoria das ultrapassadas “relações especiais de poder”⁶⁷, só que agora ao nível do Contencioso Administrativo, decorrente da criação de um regime de impugnação específico para certas categorias de actos, à margem dos direitos fundamentais, da Constituição e do Código de Processo Administrativo.

Daí que, mesmo aqueles que entendessem que o recurso hierárquico necessário não era inconstitucional, como regra geral, antes da reforma do Contencioso Administrativo, sempre teriam, agora, pelo

⁶⁷ Conforme escreve lapidarmente MAURER, as relações especiais de poder são «um instituto que pertence ao passado», pois é constitucionalmente inadmissível a ideia de um «domínio estadual livre do direito», à margem do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais (HARTMUT MAURER, «Allgemeines V.», cit., páginas 177 e ss.).

menos, de reconsiderar a questão, não apenas perante as disposições constitucionais, mas também em face da intervenção legislativa que as concretiza e que põe termo a tal exigência, sem prever quaisquer exceções. Pois, mesmo (admitindo sem conceder) que não se considerasse, antes, que a exigência do recurso hierárquico necessário era inconstitucional, agora, perante um novo regime jurídico concretizador das disposições constitucionais, e que afasta expressamente essa exigência, não se vê como é que regras excepcionais ou avulsas, que não apenas afectam de forma drástica o exercício do direito de aceder a tribunal como também restringem o respectivo conteúdo, em termos que se podem considerar como arbitrários (porque desprovidos de critério lógico ou de utilidade material), podem deixar de ser consideradas como incompatíveis com a Constituição, por violação do conteúdo essencial do direito fundamental de acesso à justiça administrativa.

Desta forma, não só são desde logo de afastar, por manifestamente inconstitucionais, disposições normativas, anteriores à reforma do contencioso, que previssem a necessidade de impugnação administrativa prévia, como também julgo que seriam igualmente inconstitucionais eventuais derrogações legislativas (posteriores) do novo regime processual conforme à Constituição, nomeadamente por violação do conteúdo essencial do princípio constitucional da tutela plena e efectiva dos direitos dos particulares, assim como do princípio da igualdade de tratamento dos particulares perante a Administração e perante a Justiça administrativa, ao criarem “privilégios de foro” para certas categorias de actos administrativos.

- Em quinto lugar, ainda se pode aduzir outro argumento, de ordem sistemática e constitucional, invocável quer perante um qualquer legislador que, “contra ventos e marés”, viesse eventualmente a consagrar regras especiais de garantias administrativas necessárias, quer, sobretudo, perante a jurisprudência que, não obstante o novo regime processual, continuasse a persistir na exigência do “recurso hierárquico necessário desnecessário”. É que o Código de Processo Administrativo, concretizando o direito fundamental de acesso ao Contencioso

Administrativo (do art. 268.º, n.º 4, da Constituição), estabelece um princípio de «promoção do acesso à justiça» (artigo 7.º do Código), segundo o qual o “mérito” deve prevalecer sobre as “formalidades”, o que implica, entre outros corolários, a regra segundo a qual devem ser evitadas “diligências inúteis” (artigo 8.º, n.º 2, do Código).

Ora, não é possível imaginar nada mais inútil e despropositado do que continuar a exigir uma qualquer garantia administrativa prévia, quando tal exigência deixou de ser um pressuposto processual de impugnação dos actos administrativos, pelo que, também por esta via, se verificaria a ilegalidade (e inconstitucionalidade) de uma qualquer decisão judicial, bem como a inconstitucionalidade de uma qualquer intervenção legislativa, que persistisse na regra do “recurso hierárquico necessário desnecessário”.

De tudo o que fica dito, resulta que o Código de Processo Administrativo, concretizando as opções constitucionais em matéria de direito fundamental de acesso à Justiça Administrativa, permite a imediata impugnação dos actos administrativos praticados pelos subalternos, afastando a exigência de recurso hierárquico necessário. Sendo agora necessário que o legislador, tendo em conta a Constituição e o novo regime processual, proceda à “harmonização” das disposições do Código do Procedimento Administrativo e demais legislação avulsa, nomeadamente daquelas que ainda procedem à distinção entre recurso hierárquico necessário e facultativo (vide os artigos 166.º e seguintes, do Código de Procedimento Administrativo), em termos que não mais se justificam.

Da minha perspectiva, a solução mais adequada, para compatibilizar os regimes jurídicos do procedimento e do processo, passaria pela revogação expressa das disposições que prevêem o recurso hierárquico necessário (por uma questão de certeza e de segurança jurídicas, uma vez que, como se viu, deve-se considerar que elas já caducaram), ao mesmo tempo que procedesse à generalização da regra de atribuição de efeito suspensivo a todas as garantias administrativas (nomeadamente, reclamação, recurso hierárquico, recurso administrativo impróprio) - eventualmente acompanhada da fixação de um prazo (curto) para o exercício da faculdade de impugnação administrativa pelos particulares (que poderia bem ser o prazo de 30

dias)⁶⁸, prazo este que não teria qualquer relevância para a questão da impugnabilidade do acto administrativo, mas que interessaria, tão só, para a aplicação do regime de suspensão automática da eficácia, até à decisão da garantia administrativa.

Trata-se de uma solução (que, se bem me lembro, chegou a ser considerada, aquando da feitura do Código de Procedimento Administrativo, ao nível da comissão encarregada dessa tarefa) que permitiria satisfazer todos os interesses relevantes em presença:

- o do particular, que passava a ter um estímulo acrescido para utilizar as garantias administrativas, decorrente do efeito suspensivo automático do acto administrativo, sem nunca ver prejudicado, nem precludido o respectivo direito de acesso ao tribunal - direito este que poderia exercer sempre que o entendesse (bem entendido, desde que verificados os pressupostos processuais, designadamente o da oportunidade);
- o da Administração, que passaria a gozar, em termos mais alargados, de uma “segunda oportunidade”, para melhor cumprir a legalidade e realizar o interesse público, podendo também, sendo caso disso, satisfazer desde logo as pretensões do particular e pôr termo ao litígio;
- o do bom funcionamento do sistema de justiça administrativa, pois o eficaz funcionamento das garantias administrativas poderia servir de “filtro” a litígios susceptíveis de ser preventivamente resolvidos. Sendo certo que, em minha opinião, e para que o sistema de garantias gratuitas pudesse ser verdadeiramente eficaz, seria ainda necessário criar também órgãos administrativos especiais, à semelhança dos “tribunais” do sistema britânico, de modo a salvaguardar a autonomia e a imparcialidade das entidades decisoras, assim como criar simultaneamente novos e específicos meios administrativos – sem que tudo isso, obviamente, em

⁶⁸ Tal como se estabelece no artigo 168º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, segundo o qual «sempre que a lei não estabeleça prazo diferente, é de 30 dias o prazo para a interposição do recurso hierárquico necessário». Tal prazo, por um lado, poderia valer como regra geral, alargando-se a todas as garantias administrativas (o que não obstava a que se pudesse pensar em estabelecer prazos mais curtos para procedimentos especiais, ou para certas espécies de garantias, nomeadamente de algumas reclamações) por outro lado, deixaria de ter que ver com a impugnabilidade, uma vez que o particular poderia sempre optar desde logo pelo acesso ao tribunal, mas tão só com a possibilidade de usufruir do regime de suspensão automática da eficácia do acto administrativo.

caso algum, pudesse pôr em causa a faculdade do particular aceder imediatamente ao tribunal, se assim o entendesse.

Mas, se essa era, em minha opinião, a solução desejável de conciliação das regras de procedimento e de processo, resta saber qual vai ser a orientação do legislador, no exercício da respectiva “discrecionalidade legislativa”, sendo certo, como se viu, que a opção de proceder a meros “retoques cosméticos” e de “ressuscitar” o recurso hierárquico necessário como condição de impugnabilidade, pela via da regulação do procedimento, não se afigura ser juridicamente possível (já que ele, entretanto, se tornou desnecessário, de acordo com a regulação do processo), nem constitucionalmente admissível. Entretanto, e enquanto não sobrevier a intervenção do legislador do procedimento, deve-se entender que caducam todas as normas que prevejam a “necessidade” de recurso hierárquico, ou de qualquer outro meio gracioso, pelo que todas as garantias administrativas são de considerar como facultativas, no sentido de que não impedem o particular de utilizar imediata, ou simultaneamente, a via contenciosa, além de possuírem um efeito suspensivo dos prazos de impugnação contenciosa.

Mas, se a “necessidade” de recurso hierárquico não pode mais ter efeitos contenciosos, que dizer das normas de procedimento que prevêm a suspensão da eficácia dos actos administrativos submetidos a essa via graciosa, antes considerada necessária (vide o artigo 170.º do Código de Procedimento Administrativo)⁶⁹. Da minha perspectiva, e a título transitório, enquanto não sobrevier a intervenção do legislador do procedimento, deve-se considerar que o particular lesado por um acto administrativo de um subalterno, que preenchesse a previsão do anterior recurso hierárquico necessário, pode optar por fazer uma de três coisas:

- intentar, desde logo, a acção administrativa especial, acompanhada ou não do respectivo pedido cautelar de suspensão da eficácia do acto administrativo (sendo certo que, como se verá, a concessão de tutela cautelar se encontra facilitada pelo novo Código), optando exclusivamente pela via judicial para a resolução do litígio;

⁶⁹ Segundo o artigo 170.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, «o recurso hierárquico necessário suspende a eficácia do acto recorrido, salvo quando a lei disponha em contrário ou quando o autor do acto considere que a sua não execução imediata causa grave prejuízo para o interesse público». Enquanto, por seu lado, o n.º 3, do mesmo artigo, estabelece que «o recurso hierárquico facultativo não suspende a eficácia do acto recorrido».

- proceder à prévia impugnação hierárquica que, para além do efeito geral de suspensão do prazo de recurso contencioso, deve continuar a gozar, neste caso, de efeito suspensivo da execução do acto administrativo e, só depois, em função do resultado da garantia administrativa, utilizar ou não a via contenciosa;
- impugnar hierarquicamente a decisão administrativa, que goza do referido efeito de suspensão da eficácia, mas tendo ainda a possibilidade de aceder imediatamente a tribunal, sem ter necessidade de esperar pela decisão do recurso hierárquico⁷⁰.

d) A sindicabilidade de actos administrativos que, sendo jurídicos, não são necessariamente de definição do direito. O que decorre da evolução histórica antes referida, uma vez que «o acto da Administração Prestadora e Infra-estrutural, dos nossos dias, já não pode mais ser caracterizado como definidor do direito aplicável, à semelhança das decisões judiciais, de acordo com o paradigma de OTTO MAYER. Pois, enquanto forma de actuação da Administração – e manifestação de um poder estadual que não se confunde com a Justiça –, o acto administrativo é uma decisão destinada à satisfação de necessidades colectivas (e dotado de valor material, para além de natureza jurídica). A Administração não utiliza o direito como um “fim em si mesmo”, que lhe caiba definir no caso concreto, como é tarefa da Justiça, antes utiliza o direito como um “meio” para a satisfação dessas mesmas necessidades colectivas»⁷¹.

A superação do modelo tradicional de equiparação do acto administrativo à sentença - que levava a qualificar o primeiro como regulador ou como horizontalmente definitivo, consoante se adoptasse as clássicas concepções da escola de Coimbra ou de Lisboa - decorre, entre outras coisas, do regime de impugnação dos actos meramente conformativos (artigo 53º, do Código), que amplia a admissibilidade de impugnação desses actos⁷² - os quais são desprovidos de efeitos

⁷⁰ Como é sabido, o efeito suspensivo do recurso hierárquico não impede, no caso, a possibilidade de impugnação imediata, nos termos do artigo 54º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Administrativo, dado tratar-se de acto lesivo e susceptível de produzir efeitos jurídicos, os quais só se encontram temporariamente suspensos em virtude do respectivo destinatário ter optado pela utilização prévia da garantia administrativa.

⁷¹ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Nome e a C.» – A A. C. R. de A. e a R. do C. A., in «Ventos de M. no C. A.», cit., p. 139.

⁷² De acordo com o artigo 53º, do C, «uma impugnação só pode ser rejeitada com fundamento no carácter meramente confirmativo do acto impugnado quando o acto anterior:

- a) tenha sido impugnado pelo autor;
- b) tenha sido objecto de notificação ao autor;
- c) tenha sido objecto de publicação, sem que tivesse de ser notificado ao autor».

jurídicos novos e, como tal, não possuem o dito carácter regulador, da mesma maneira como são insusceptíveis de ser considerados como definidores do direito aplicável, pelo que não gozam da dita definitividade material.

Mas a superação da ideia de “definição do direito”, enquanto “resquício histórico” da assimilação do acto administrativo à sentença (MAYER), manifesta-se ainda noutras disposições da reforma do contencioso, designadamente, quando se admite a impugnabilidade dos actos de execução (vide o n.º 2 e o n.º 3, do artigo 52.º, do Código, relativo à possibilidade de impugnação de actuações de execução e de aplicação tanto de actos administrativos contidos em norma, como de actos que não procedam à identificação dos respectivos destinatários)⁷³. Pois, os actos de execução, sendo actuações administrativas susceptíveis de lesar direitos dos particulares e como tal impugnáveis, não gozam de carácter regulador nem de definitividade material.

Conforme se escrevia em momento anterior, há que começar por «distinguir, de forma nítida, as operações materiais dos actos administrativos de execução. Se as meras operações materiais (v.g. a efectiva demolição de um prédio em ruínas, mediante a utilização de processos manuais ou mecânicos, ou a colocação de flores na secretária de um director-geral) são simples factos jurídicos e não actos administrativos, já todas as decisões das autoridades administrativas destinadas à produção de efeitos jurídicos num caso concreto são de considerar, na nossa ordem jurídica, como verdadeiros e próprios actos administrativos (art. 120.º do Código de Procedimento Administrativo). O que significa que, entre nós, a noção de acto (administrativo) de execução não deve compreender apenas os actos reguladores, ou definidores do direito aplicável, ou constitutivos de direitos e deveres – como pretendiam as orientações doutrinárias substancialistas e restritivas do acto administrativo – mas deve igualmente abranger todas as actuações administrativas simplesmente produtoras de efeitos jurídicos (v.g. o acto que especifica o dia, a hora, em que vai ter lugar a demolição do prédio em ruínas)». Ora, nestes termos, qualquer acto de execução é, à partida, susceptível de impugnação contenciosa, a qual apenas depende «do facto do acto administrativo se encontrar [ou não,] em posição de

⁷³ De acordo com o artigo 52.º, n.º 2, do Código de Processo Administrativo, «o não exercício do direito de impugnar um acto contido em diploma legislativo ou regulamentar não obsta à impugnação dos seus actos de execução ou aplicação». Determinando ainda o n.º 3, do referido artigo, que «o não exercício do direito de impugnar um acto que não individualize os seus destinatários não obsta à impugnação dos seus actos de execução ou aplicação cujos destinatários sejam individualmente identificados».

afectar imediatamente a posição jurídica dos particulares, ou seja, da verificação do pressuposto processual da lesão de direitos»⁷⁴.

e) A delimitação do âmbito da impugnabilidade em razão da eficácia e já não da executoriedade dos actos administrativos. Uma vez mais, verifica-se aqui a superação da concepção “autoritária” de acto administrativo (de acordo com o modelo já estabelecido na Constituição, desde 1989), abandonando a ideia de executoriedade, que não pode ser mais considerada como característica dos actos administrativos – porque a maior parte dos actos administrativos não é, por natureza, susceptível de execução coactiva (v.g. actos favoráveis, permissivos, declarativos); porque certas categorias de actos não são susceptíveis de execução por imposição legal (os actos que imponham deveres de natureza pecuniária, como resulta do artigo 155º, nº 1); porque em matéria de polícia e em estado de necessidade é legítima a passagem à execução coactiva da lei sem prévio acto administrativo⁷⁵. Daqui decorrendo que a susceptibilidade de execução coactiva corresponde antes a um poder de autotutela da Administração, o qual, de acordo com o princípio da legalidade, só pode existir nos casos expressamente previstos na lei⁷⁶.

De referir, também, que o legislador da reforma propõe mesmo a possibilidade de impugnação de actos ineficazes ainda que lesivos (artigo 54º, do PCTA), se bem que em termos limitados (quando o acto tenha começado a ser executado, ou quando a eficácia decorra de condição suspensiva dependente da vontade do beneficiário). O que, mais uma vez, vem realçar a importância da lesão dos direitos dos particulares como “chave” do acesso ao juiz administrativo, num contencioso de natureza subjectivista, como é o nosso.

2.2- Outros pressupostos processuais: legitimidade e oportunidade

⁷⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A P.», cit., pp. 725 e 726.

⁷⁵ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A P.», cit., pp. 489 e ss..

⁷⁶ Também no que se refere à execução coactiva se me afigura aconselhável a revisão do CPA, harmonizando as normas de procedimento com as de contencioso, uma vez que aquele código, não obstante todas as inovações e modificações positivas que introduziu nesta matéria, continua a fazer referência à noção de executoriedade.

O Código, nos seus preceitos iniciais, para além das referidas regras relativas aos elementos do processo, contém também disposições referentes aos pressupostos processuais específicos do Contencioso Administrativo, e comuns a todos os meios processuais, nomeadamente a legitimidade (artigos 9.º e seguintes do CPTA), o patrocínio judiciário (artigo 11.º do CPTA), a competência do tribunal (artigos 13.º e seguintes do CPTA). Se correcta me parece ser esta opção de estabelecer regras e princípios comuns respeitantes aos pressupostos processuais do Contencioso Administrativo, menos adequado julgo ser o facto da lei não ter procedido a uma diferenciação efectiva do que era comum e do que era especial, acabando por repetir, a propósito de cada um dos meios processuais, o que já antes tinha deixado dito em termos gerais – o que, por um lado, se pode considerar como uma (assumida) “virtude pedagógica” do legislador, por outro lado, é susceptível de causar problemas ao intérprete e aplicador do direito (sobretudo, quando são utilizadas expressões distintas, nas normas em questão), no que respeita a saber o que é “que está apenas a ser repetido” e o que é “que é novo”, dando origem a um regime especial.

No que respeita à legitimidade – que, do ponto vista da teoria do processo, constitui o elo de ligação entre a relação jurídica substantiva e a processual, destinando-se a trazer a juízo os titulares da relação material controvertida, a fim de dar sentido útil às decisões dos tribunais -, existem as regras gerais constantes dos artigos 9.º e seguintes (que não há agora que referir especificadamente⁷⁷). Mas, utilizando o referido método “repetitivo-pedagógico”, o Código, contém ainda uma Subsecção II (Da Legitimidade), a propósito da acção administrativa especial qualificada em razão do pedido de impugnação, onde se estabelece um regime “especial” (embora, para além da formulação, quase não difira do “geral”), onde se encontram regras relativas à “legitimidade activa” (artigo 55.º) e aos “contra-interessados” (artigo 57.º), para além da questão (que, em rigor, não é de legitimidade) da “aceitação do acto” (artigo 56.º).

⁷⁷ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo», 2ª. edição, Almedina, Coimbra, 2009, páginas 254 e seguintes.

Procurando elaborar uma tipologia, nos termos do artigo 55.º do CPTA⁷⁸, há que considerar as seguintes categorias de actores processuais:

8- Os sujeitos privados. Em causa está o exercício do direito de acção por privados, que actuam para a defesa de interesses próprios, mediante a alegação da titularidade de posições subjectivas de vantagem, e que podem ser:

a) Os indivíduos (art. 55º, n.º 1, alínea a), do CPTA), que possuem um “interesse directo e pessoal” na demanda, o qual resulta da alegação da titularidade de um direito subjectivo (vide o artigo 9º, n.º 1, do CPTA). Como se sabe, adopta-se aqui uma noção ampla de direito subjectivo público, de acordo com a doutrina da norma de protecção lida à luz dos direitos fundamentais, mas a idêntica conclusão se chegaria se se preferisse a classificação tripartida tradicional, pois a alegação da qualidade de parte, que aqui está em causa, engloba tanto os denominados direitos subjectivos (em sentido restrito, ou “clássico”), como os interesses legítimos, como ainda os interesses difusos. Gozam, portanto, da acção para defesa de interesses próprios todos os indivíduos que possam alegar a titularidade de posições jurídicas de vantagem, ou a qualidade de parte na relação material controvertida (para adoptar formulações “ideologicamente” mais neutras, mas ainda assim de grande amplitude, como faz o legislador para identificar esta categoria de sujeitos privados);

b) As pessoas colectivas privadas (artigo 55º, n.º 2, alínea b), do CPTA), que são entidades ficcionadas para efeitos jurídicos, mas que são dotadas de

⁷⁸ De acordo com o artigo 55º, n.º 1, do CPTA (legitimidade activa), «tem legitimidade para impugnar um acto administrativo:

- a) Quem alegue ser titular de um interesse directo e pessoal, designadamente por ter sido lesado nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos;
- b) O Ministério Público;
- c) Pessoas colectiva públicas e privadas, quanto aos direitos e interesses que lhes cumpra defender;
- d) Órgãos administrativos, relativamente a actos praticados por outros órgãos da mesma pessoa colectiva;
- e) Presidentes de órgãos colegiais, em relação a actos praticados pelo respectivo órgão, assim como outras autoridades, em defesa da legalidade administrativa, nos termos previstos na lei;
- f) Pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9º» (acção popular).

Acrescentando o n.º 2, do referido artigo, que «a qualquer eleitor, no gozo dos seus direitos civis e políticos, é permitido impugnar as deliberações adoptadas por órgãos das autarquias locais sediadas na circunscrição onde se encontre recenseado». E o n.º 3, desse mesmo artigo, que «a intervenção do interessado no procedimento em que tenha sido praticado o acto administrativo constitui uma mera presunção de legitimidade para a sua impugnação».

direitos e de deveres “como se fossem” indivíduos. Apesar da técnica da subjectivização, contudo, as pessoas colectivas são uma realidade instrumental para a realização de interesses das pessoas humanas, encontrando-se submetidas ao “princípio da especialidade”, pelo que apenas «gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza» (artigo 12.º, n.º 2, da Constituição);

- 9- Os sujeitos públicos (55º, n.º 2, alíneas b) e e), CPTA), sendo de incluir nesta categoria tanto as pessoas colectivas públicas como os órgãos administrativos, tanto mais que o legislador faz – e muito bem – uma referência expressa às relações jurídicas interpessoais e interorgânicas. Assim se possibilitando a superação do “dogma da impermeabilidade da pessoa jurídica” e a relativização da noção de personalidade pública, mediante a consideração dos órgãos como “sujeitos funcionais” dessas mesmas relações;
- 10- O actor popular. Refira-se que a lei parece considerar aqui duas modalidades de acção popular:
 - a) A genérica (artigo 55º, n.º 1, alínea f), do CPTA), que remete para o artigo 9º, n.º 2, do CPTA, e que engloba particulares e pessoas colectivas actuando, de forma objectiva, para a defesa da legalidade e do interesse público (e, designadamente, de «valores e bens constitucionalmente protegidos»), “independentemente de possuírem interesse directo na demanda”⁷⁹.
 - b) A de âmbito autárquico (art. 55º, n.º 2, do CPTA), segundo a qual «a qualquer eleitor, no gozo dos seus direitos civis e políticos, é permitido impugnar as deliberações adoptadas por órgãos das autarquias locais sediadas na circunscrição onde se encontre recenseado». Mas, apesar da redundância legislativa, indo buscar uma instituição às “brumas da memória”, cabe perguntar se ainda se justifica manter tal dualidade de

⁷⁹ Em sentido diferente, ligando a acção popular à tutela de interesses difusos e conferindo-lhe uma componente subjectiva, vide LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, «A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo», Coimbra, 1980; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «A Legitimidade Popular na Defesa de Interesses Difusos», Lex, Lisboa, 2003.

regimes de acção popular? Ou se, pelo contrário, se deve entender que a denominada “acção popular correctiva”⁸⁰, no domínio do contencioso autárquico⁸¹, foi absorvida pela previsão genérica da acção popular, de maior amplitude e susceptível de tutelar os mesmos bens? Pela minha parte, entendo que a previsão da “acção popular correctiva” caducou, em face da “acção popular genérica”, já que esta última goza de requisitos de admissibilidade mais amplos e que forçosamente absorvem os anteriores⁸². E isto, quer se trate da perspectiva dos sujeitos – a previsão de “qualquer pessoa”, da acção popular genérica abrange forçosamente “qualquer eleitor” da acção popular autárquica -, dos bens – a expressão “bens e valores constitucionalmente protegidos” é suficientemente expansiva para abarcar também “os bens e valores autárquicos” -, ou do âmbito de aplicação – pois, o âmbito de aplicação da acção popular genérica abrange toda e qualquer decisão administrativa e, por isso, forçosamente também as “decisões de órgãos autárquicos”. Pelo que não subsiste qualquer âmbito de aplicação próprio da acção popular autárquica, que não esteja já compreendido na acção popular genérica, que absorveu (ou “engoliu”) literalmente a primeira, faltando agora só “avisar o legislador” de que a primeira “caducou” em face da segunda, não sendo mais necessária a duplicação da regra da legitimidade popular.

4– O Ministério Público, que é titular do direito de acção pública (também) no contencioso administrativo, cabendo-lhe actuar, a título institucional, para a defesa da legalidade e do interesse público.

⁸⁰ A acção popular no contencioso administrativo, como explica FREITAS DO AMARAL, denomina-se, «em linguagem técnica, acção popular correctiva, uma vez que visa corrigir os efeitos de um acto ilegal da Administração», não se confundindo «com outra modalidade de acção popular, chamada acção popular supletiva» (antes prevista no artigo 369.º do Código Administrativo), em «que o particular, arvorando-se em defensor dos interesses da autarquia, propõe uma acção civil para fazer valer os direitos dela contra o terceiro que os violou» (FREITAS DO AMARAL, «Direito A.», vol. IV, cit., pp. 179 a 181).

⁸¹ Sobre a importância histórica da acção popular no anterior contencioso administrativo português vide ROBIN DE ANDRADE, «A Acção Popular no Direito Administrativo Português», Coimbra Editora, Coimbra, 1967; FREITAS DO AMARAL, «Direito A.», vol. IV, cit., pp. 176 e ss.; NUNO MARQUES ANTUNES, «O Direito de Acção Popular no Contencioso Administrativo Português», Lisboa, 1997.

⁸² Em sentido diferente, vide LUÍS FÁBRICA, «A Acção Popular no Projecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Reforma do Contencioso Administrativo», volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, páginas 231 e seguintes; JORGE MIRANDA, «Os Parâmetros Constitucionais da Reforma do Contencioso Administrativo», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Reforma do C. A.», vol. I, cit., pp. 363 e ss..

Referente à legitimidade é também o artigo 57.º do CPTA (Contra-interessados)⁸³, que qualifica como sujeitos processuais os particulares dotados de “legítimo interesse” na manutenção do acto administrativo ou, dito de outra forma, que são “directamente prejudicados” pelo provimento do pedido de impugnação. Estes particulares são verdadeiros sujeitos de relações jurídicas administrativas multilaterais (paradigmáticas do novo direito administrativo, sobretudo, em domínios como o urbanismo, o ambiente, o consumo, a cultura), as quais, para além da Administração e dos destinatários imediatos da actuação administrativa em causa, dão origem a uma “rede” de ligações jurídicas entre múltiplos sujeitos, uns do lado activo, outros do lado passivo, que são titulares de posições de vantagem juridicamente protegidas, pelo que devem gozar dos correspondentes poderes processuais.

Ao considerar que, nos processos de impugnação, os sujeitos das relações multilaterais, com interesses coincidentes com os da autoridade autora do acto administrativo, são obrigatoriamente chamados a intervir no processo, o CPTA está a “abrir” (ainda que timidamente) o contencioso administrativo à protecção desses direitos impropriamente chamados de “terceiros”. Mas, ao mesmo tempo, ao adoptar a designação tradicional de “contra-interessados”, que é muito “marcada” pela lógica bilateralista clássica, e ao não definir de modo rigoroso qual o seu efectivo papel no processo, o legislador relega tal intervenção para o lado passivo, numa posição “secundarizada” em face da Administração.

Ora, em minha opinião, o novo paradigma das relações administrativas multilaterais no Direito Administrativo (substantivo) implica a revalorização da posição dos “impropriamente chamados terceiros” no Contencioso Administrativo, como sujeitos principais dotados de legitimidade activa e passiva. Daí que seja de lamentar a ausência de tratamento, ao nível das regras gerais, da posição dos “impropriamente chamados terceiros”, assim como o facto de, no que respeita aos processos impugnatórios, não existir uma regulação mais detalhada da sua participação. Mesmo se já se verificaram progressos em relação à situação anterior, e se a qualificação substantiva desses particulares como sujeitos de relações multilaterais “abre a porta” para o seu tratamento como sujeitos principais.

⁸³ De acordo com o artigo 57º do CPTA (Contra-interessados), «para além da entidade autora do acto são obrigatoriamente demandados os contra-interessados a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar ou tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado e que possam ser identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo».

Por último, a aceitação do acto administrativo surge regulada ao lado das questões de legitimidade (vide o artigo 56.º do CPTA), quando, em rigor, se trata de algo totalmente diferente. A razão para este tratamento “algo deslocado” prende-se, uma vez mais, com os “traumas da infância difícil” do Contencioso Administrativo. Pois, ao negar aos particulares a titularidade de direitos subjectivos perante a Administração e ao qualificar, por isso, a legitimidade processual em termos de “interesse directo, pessoal e legítimo”, “substancializando” esse “interesse como condição de legitimidade”, que funcionava como sucedâneo das posições subjectivas cuja existência não se admitia, a consequência prática de tal doutrina era a não consideração do interesse em agir como pressuposto processual autónomo. Daí que a questão da aceitação do acto administrativo fosse tradicionalmente considerada, no direito português, como uma questão de legitimidade e não de interesse em agir.

Ora, afastados tais pressupostos objectivistas e delimitando-se a legitimidade processual em razão da alegação da titularidade de direitos, não faz mais sentido continuar a reconduzir a aceitação do acto a uma questão de legitimidade. Pelo que, das duas uma, ou se considera que a aceitação do acto administrativo constitui um «pressuposto processual autónomo, diferente da legitimidade e do interesse em agir» (VIEIRA DE ANDRADE)⁸⁴, ou se reconduz tal aceitação à falta de interesse processual. Da minha perspectiva, e acompanhando VIEIRA DE ANDRADE na separação da aceitação do acto do pressuposto da legitimidade, não vejo quaisquer vantagens em autonomizar a aceitação como pressuposto autónomo, antes me parece mais adequada a recondução da questão ao interesse em agir, em termos similares aos do processo civil.

Pois, o que se verifica nestes casos, em que, ou existe uma declaração expressa de aceitação (artigo 56.º, n.º 1, do CPTA), ou ela está implícita na «prática, espontânea e sem reserva, de facto incompatível com a vontade de impugnar» (n.º 2, do referido artigo) é que o particular perdeu o interesse na impugnação desse acto administrativo. Mas, isso não impede que (v.g. alteradas as circunstâncias em que foi emitida a declaração, ou adoptado o comportamento), estando ainda a correr os prazos de impugnação, o particular não possa revogar tal declaração ou alterar o referido comportamento, em virtude de um qualquer efeito preclusivo do direito de agir em juízo (solução que careceria, em absoluto, de base legal e que seria manifestamente inconstitucional, por violação do direito fundamental de acesso ao juiz administrativo, do artigo 268.º, n.º 4 da Constituição). Antes, o juiz deve apreciar o comportamento do particular, tanto no que se refere à aceitação como à sua

⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, «A Aceitação do Acto Administrativo», in «Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo», Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, páginas 907 e seguintes.

posterior revogação, à luz do pressuposto processual do interesse em agir, só podendo rejeitar o pedido quando este faltar.

Pressuposto processual específico da modalidade de impugnação da acção administrativa especial é o da oportunidade do pedido. Assim, o artigo 58º do CPTA estabelece os prazos de impugnação de acto administrativo (introduzindo um ligeiro aumento destes, quando comparados com o direito anterior), consagrando um prazo de três meses, sempre que se trate de acção para defesa de interesses próprios ou de acção popular, e um prazo de um ano, se se tratar de uma acção pública (n.º 2, do referido artigo). Trata-se de um prazo substantivo e não processual (diferentemente do que se defendeu no passado, de acordo com a tese monista, de continuidade entre procedimento e processo, que confundia “administrar” e “julgar”)⁸⁵, pelo que segue o regime dos prazos de propositura de acções do Processo Civil (n.º 3, do referido artigo).

Mas, de saudar vivamente, no novo Código, é a superação do “fetiche” dos prazos de impugnação, mediante a introdução de mecanismos de flexibilização da “lógica da irremediabilidade dos prazos”, que é um corolário do princípio da justiça material ou princípio *pro actione* (artigo 7º do CPTA). Assim, no artigo 58º, n.º 4, do CPTA, prevê-se a possibilidade de alargamento do prazo de impugnação até um ano, se existirem motivos relevantes, caso «se demonstre, com respeito pelo princípio do contraditório, que, no caso concreto, a tempestiva apresentação da petição não era exigível a um cidadão normalmente diligente», designadamente por erro induzido pela própria Administração (alínea a), do n.º 4, do artigo 58.º, do CPTA); por se verificarem dificuldades na identificação do acto, ou problemas de qualificação da conduta administrativa como acto ou como norma (alínea b), do n.º 4, do artigo 58.º, do CPTA); ou numa situação de justo impedimento (alínea a), do n.º 4, do artigo 58.º, do CPTA).

Também no que se refere à contagem dos prazos se estabelece, no artigo 59º, n.º 1, do CPTA, que aquele só corre «a partir da data da notificação, ainda que o acto tenha sido objecto de publicação obrigatória». O que representa a concretização da garantia do artigo 268º, n.º 3, da Constituição, que consagra um direito fundamental à notificação dos actos administrativos («os actos administrativos estão sujeitos à notificação aos interessados, na forma prevista na lei»). Trata-se de um direito de procedimento, que integra os direitos

⁸⁵ Diga-se, no entanto, que esta *vexata questio*, da continuidade entre procedimento e processo, se já foi, há muito, resolvida no Direito Administrativo, não é, contudo, “história antiga”, já que no Direito Fiscal perduram ainda “resquícios” desses “velhos traumas” de “promiscuidade” entre Administração e Justiça, nomeadamente na própria existência de um “Código de Procedimento e de Processo Tributário” (sic), assim como em muitas das suas regras.

fundamentais da terceira geração, e que tem, neste caso, o alcance de considerar que a notificação é uma condição de eficácia (subjectiva), ou de oponibilidade, relativamente ao destinatário, não sendo suficiente a respectiva publicação. Da mesma maneira como, mais adiante, se consagra que a notificação deve ser completa sob pena de inoponibilidade aos particulares (artigo 60.º, CPTA).

Isto, sem prejuízo de se dispôr no artigo 59º, n.º 2, do CPTA, que a ausência de notificação «não impede a impugnação, se a execução do acto for desencadeada sem que a notificação tenha tido lugar». Da mesma maneira como, quando esteja em causa uma relação multilateral, com múltiplos interessados, se estabelece (artigo 59.º, n.º 3, do CPTA) que, em relação aos particulares que não sejam destinatários imediatos dessa actuação administrativa, o prazo começa a correr «a partir do seguinte facto que primeiro se verifique: a) notificação; b) publicação; c) conhecimento do acto ou da sua execução».

Refira-se, ainda, que o artigo 38.º do CPTA, não impede o tribunal de «conhecer, a título incidental, da ilegalidade de um acto administrativo» (n.º 1), em acção administrativa comum, ainda que ela não possa «ser utilizada para obter o efeito que resultaria da anulação do acto impugnável» (n.º 2). O que vai ao encontro das posições que tenho defendido, de que não existe uma eficácia substantiva de “caso decidido” do acto que se tornou inimpugnável, por decurso do prazo, já que este apenas produz efeitos meramente processuais⁸⁶.

⁸⁶ Para maior desenvolvimento da questão, vide VASCO PEREIRA DA SILVA «O Contencioso A. no D. da P.. E. sobre as A. no N. P. A.», 2ª. ed., cit., mx pp. 439 e ss..

A impugnação dos regulamentos no Contencioso Administrativo Português

Carlos Blanco de Moraes¹

Introdução

O plano da presente intervenção envolve a análise de quatro rubricas.

A primeira, visitará os fundamentos históricos das imunidades contenciosas dos regulamentos e da sua gradual remoção e periodizará os modelos de contencioso regulamentar na ordem jurídica portuguesa.

A segunda, que configurará a parte central do tema abordado, dissecará as linhas axiais de conservação e mudança do novo contencioso regulamentar.

A terceira abordará quatro situações problemáticas na arquitectura do novo sistema.

Finalmente, a quarta, tecerá algumas observações globais.

¹ Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

I. As imunidades contenciosas dos regulamentos administrativos

1. Generalidades

1. Uma análise aos principais sistemas europeus de Administração Executiva transmite-nos a ideia de que, um pouco como a lei, os regulamentos foram, nos últimos cento e cinquenta anos, defendidos por um poderoso círculo de imunidades contenciosas.

Na Europa, o contencioso constitucional da lei constitui uma realidade recente, por contraposição à “judicial review” norte americana. A herança revolucionária francesa, vedou a uma judicatura politicamente suspeita a possibilidade de questionar a validade de uma lei onipotente que foi blindada ao ponto de nominalizar o primado jurídico da Constituição.

Foi com a criação da Justiça Constitucional concentrada que se garantiu a normatividade plena do Direito Constitucional.

Mas, curiosamente, a mítica lei oitocentista experimentou relativamente às normas da administração um fenómeno de nominalização análogo ao que atingiu a Constituição, dado que a impugnabilidade contenciosa dos regulamentos governamentais questionava a efectividade da sua supremacia e força geral.

E, como se verá, os privilégios impugnatórios do regulamento revelaram-se mais coriácios do que os da lei, na medida em que algumas das suas manifestações ainda subsistem.

2. Afonso Queiró, num escrito de 1945, assinalou que a questão da impugnabilidade dos regulamentos se reconduziu, desde o período oitocentista até à primeira metade do Sec. XX, a duas questões cronologicamente inter-relacionadas:

- i) A primeira, interroga-se sobre a admissibilidade da impugnação contenciosa dos regulamentos ou de todos eles;

ii) E a segunda, sobre se, sendo admissível essa impugnação, será legítimo o seu sindicato directo pelos lesados.

3. A inimpugnabilidade contenciosa dos regulamentos fundava-se em razões constitucionais, políticas e jurídico-normativas.

No que respeita às *razões constitucionais* a teoria revolucionária da *divisão de poderes* pressupunha uma separação entre as autoridades administrativas e jurisdicionais, que proibia aos tribunais interferir na actividade da Administração. O conhecimento de vícios de legalidade de actos da Administração constituía domínio da tutela graciosa a qual caberia à própria Administração (Garcia de Enterría).

Quanto às *razões políticas*, entendeu-se, mesmo já no século XX, que as razões de prudência objectiva que não admitiam ou restringiam a impugnação contenciosa das leis, deveriam, igualmente, impedir ou restringir a impugnação dos regulamentos (Lafuente Benach).

Finalmente, duas razões de ordem *jurídico-normativa*.

A primeira, centrava-se no entendimento de que, como norma geral e abstracta, o regulamento não teria destinatários individualizados e, como tal, não poderia violar direito algum (Joaquim Lobo D'Ávila).

A segunda, centrava-se na tese de que o regulamento seria uma lei em sentido material, pelo que, sendo a leis contenciosamente insindicável, tal também deveria suceder com os regulamentos.

5. Mas, a inimpugnabilidade dos regulamentos foi abalada ainda no período oitocentista. A história do contencioso regulamentar, desde o momento em que se admitiu o sindicato incidental, foi o da gradual remoção de barreiras seja à impugnação directa, seja ao sindicato de alguns vícios, seja ao controlo de certos regulamentos privilegiados.

Assim, em França, a impugnação regulamentar foi, na primeira metade do século XIX, admitida em relação a regulamentos locais. Posteriormente, a reforma de 1864 pressupôs a

necessidade de a lei se impor aos regulamentos, porque a independência destes ante a jurisdição significava, igualmente, a sua independência ante a lei.

Esta reforma admitiu o recurso directo de anulação contra regulamentos, com fundamento em desvio de poder, por quem tivesse interesse pessoal e directo, mas imunizou desse meio impugnatório os *réglements d'administration publique* emitidos ao abrigo de autorizações legislativas e tidos como para-legislativos.

Mais tarde, a jurisprudência (e a lei, em 1872), alargaram o controlo da legalidade regulamentar a outros vícios (violação de lei e excesso de poder) tendo em 1987 uma decisão do Conseil D'Etat admitido, o sindicato directo dos *réglements d'administration publique*.

Em Itália, depois da reforma de 1865 ter consagrado o controlo incidental de regulamentos, instituiu-se em 1889, o recurso directo de anulação das normas lesivas dos particulares. A jurisprudência fez coexistir o recurso directo de anulação contra os regulamentos lesivos auto-aplicativos com um recurso directo cumulado, contra o regulamento ilegal não imediatamente operativo e o respectivo acto de aplicação.

Em Espanha, o fim da inimpugnabilidade deu-se no termo do século XIX, passando a admitir-se o sindicato indirecto das normas da Administração. A Lei de 1956 instituiu o sistema de impugnação directa contra normas da administração local e das corporações, mas restringiu o sindicato directo às normas da administração central auto-aplicativas. Apenas em 1998 se alargou o sindicato directo contra qualquer acto normativo ilegal ao lesado.

O caso contemporâneo mais paradigmático desta resistência ao controlo de legalidade parece ser o alemão. Sem prejuízo da sindicabilidade indirecta dos regulamentos, a sua impugnação em via directa, apenas tem por objecto os regulamentos federais em matéria urbanística e os regulamentos dos Länder, desde que a sua legislação o admita. Os regulamentos federais, em geral, continuam a beneficiar de imunidades contenciosas, muito criticadas na doutrina (Maurer).

6. Em síntese, tendo a impugnação incidental dos regulamentos pelos particulares constituído a primeira brecha na muralha das imunidades regulamentares, a atenção passou a voltar-se, posteriormente: para a eliminação dos privilégios impugnatórios de certos regulamentos; para a impugnação directa dos regulamentos auto-aplicativos, directamente lesivos; e hoje, para o alargamento dos pressupostos subjectivos de impugnação directa de qualquer regulamento ilegal.

A defesa pelos tribunais do primado da lei sobre o poder normativo da Administração, passou a aliar-se, dentro de certos limites, ao imperativo da defesa dos particulares contra regulamentos ilegais.

Verifica-se, finalmente, que nos sistemas espanhol e português, a jurisprudência e a lei têm andado a reboque das Constituições. Estas, têm-se antecipado na previsão de mecanismos de defesa dos particulares contra actos ilegais da Administração, realidade que se tem repercutido no domínio do contencioso dos regulamentos.

2. Sinopse sobre a evolução histórica do contencioso regulamentar na ordem jurídica portuguesa

7. Atentando no *critério da impugnabilidade directa ou indirecta das normas regulamentares* haverá a considerar, desde aprovação do Código Administrativo de 1936, até ao momento presente, cinco períodos.

O *1º Período* (1836/1917) caracterizou-se por um *regime dualista* de impugnação contenciosa dos regulamentos em razão da respectiva autoria: nele coexistia um sistema de impugnação directa dos regulamentos locais e um sistema de impugnação indirecta dos actos regulamentares do Governo.

O *2º Período* (1917/ 1956) foi marcado por um *sistema monista de impugnação directa* quer dos regulamentos locais, quer dos actos regulamentares do Governo.

Em 1917² foi admitida a interposição de recurso contencioso directo contra regulamentos governamentais, seguindo-se a linha de orientação jurisprudencial estabelecida pelo *Conseil D*

² Decreto do Governo, sob consulta do STA, de 26 de Novembro de 1917

Etat francês, uma década atrás. Este sistema de impugnação foi posteriormente concretizado por dois decretos ³ que consagraram explicitamente a recorribilidade directa de normas que ameaçassem direitos e interesses de qualquer pessoa⁴.

O 3º período (1956/1985) pautou-se por um *retorno ao dualismo* das formas de impugnação em razão da *autoria do acto normativo sindicado*: o do recurso directo de anulação contra os regulamentos locais e o da sindicabilidade indirecta das normas administrativas do Governo.

À primeira fase deste período, marcada por um dualismo integral, não foi estranha a prevalência da posição de Marcelo Caetano, a qual era desfavorável ao recurso directo contra regulamentos, por contraposição à tese de Afonso Queiró que defendia a sua subsistência. Tendo a Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo em 8-9-1956 determinado a inimpugnabilidade directa dos decretos regulamentares., veio, posteriormente, o Supremo Tribunal Administrativo, alargar por via interpretativa, o novo regime de sindicato indirecto, às portarias e aos despachos normativos.

O sistema foi conservado depois da entrada em vigor da Constituição de 1976, a qual inaugurou a segunda fase deste período caracterizada por duas pequenas inovações no plano da impugnação directa.

Com a Revisão de 1982 atribuiu-se ao Tribunal Constitucional (TC), em substituição do STA⁵, a faculdade de, mediante requerimento de alguns órgãos constitucionais, declarar com força obrigatória a ilegalidade dos regulamentos estaduais e regionais violadores dos estatutos e, ainda, de regulamentos regionais violadores leis gerais da República, criando-se, ainda, junto da mesma jurisdição, um sistema concreto e incidental de impugnação desses regulamentos.

Na esfera das relações jurídico-laborais⁶ a lei atribuiu às associações patronais e sindicais, bem como aos trabalhadores e entes interessados, a faculdade de proporem junto dos tribunais de trabalho uma acção de anulação directa de portarias de regulamentação e extensão.

³ Concretização operada pelo art.º 17 §3 Decreto n.º 9894 de 4-6 e mantido pelo art.º 3 do art. 32.º do Decreto n.º 19 243 de 16-1 do Supremo Conselho de Administração Pública.

⁴ A existência de divergências jurisprudenciais levou o Tribunal de Conflitos a precisar que a apreciação dos recursos interpostos contra os regulamentos do Executivo caberia na competência do STA.

⁵ Cfr. o n.º 3 do art. 236º do texto originário da CRP, conjugado com a Lei 15/79 de 19-5,

⁶ Cfr. o art.º 24º do Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28-2, alterado pelo Decreto-Lei n.º 887/76 de 29-12

O 4º Período (1985/ 2002) pautou-se pela criação de um *regime misto* caracterizado pela:

- i) Subsistência da faculdade de impugnação indirecta das normas administrativas do Governo através do recurso contencioso de anulação dos respectivos actos administrativos de aplicação;
- ii) Subsistência do controlo abstracto e concreto incidental da legalidade, exercido pelo TC sobre os regulamentos estatais e regionais violadores de leis paramétricas do regime autonómico.
- iii) Subsistência da impugnação directa de regulamentos não estaduais (ou seja, das autarquias, das regiões, e as normas oriundas de entes de utilidade pública administrativa, concessionários e associações públicas) reconhecendo-se às pessoas lesadas ou passíveis de virem a ser proximamente lesadas, a faculdade de interporem recurso de anulação dessas normas junto dos tribunais administrativos de círculo⁷;
- iv) A consagração inovatória, no ETAF e na LPTA, da faculdade de *impugnação directa de regulamentos administrativos*, embora com sujeição a significativos limites.

Neste último caso, qualquer pessoa lesada ou susceptível de o vir proximamente a ser por quaisquer regulamentos (neles incluídos os do Governo) teria a faculdade de pedir a declaração da sua ilegalidade com força obrigatória geral em duas situações, a saber: sempre que essas normas produzissem efeitos imediatos, sem dependência de acto administrativo; sempre que os regulamentos tivessem sido já julgados ilegais em três casos concretos, sendo neste caso o recurso obrigatório para o Ministério Público⁸.

Para os regulamentos estaduais, o STA começou por ser a jurisdição competente, mas desde 1996 essa competência foi cometida ao Tribunal Central Administrativo.

Embora a doutrina se refira a este sistema de contencioso regulamentar como “dualista” importa relativizar ou situar essa designação.

⁷ Cfr. alínea e) do n.º 1 do art.º 51º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF- 1984) e art. 63º da Lei do Processo dos Tribunais Administrativos (LPTA-1985).

⁸ Cfr art. 11º do ETAF e art.º 66º da LPTA e correspondentes remissões para o recurso de anulação.

Na verdade o sistema era *misto*, coexistindo três diferentes formas processuais de impugnação directa com duas outras processadas por via incidental, sendo igualmente diversas as jurisdições competentes.

Daí que, quando se fala *no modelo dualista* que marcou este período, ele alude não ao velho sistema que diferenciava a impugnação directa de regulamentos não estaduais e indirecta de regulamentos do Governo. Alude, sim, aos dois *processos de controlo directo da legalidade regulamentar pelos tribunais administrativos*: o da impugnação dos regulamentos não estaduais por via do recurso de anulação e o da impugnação de todos os regulamentos, mediante um pedido de controlo abstracto da legalidade.

Finalmente, o *5º período (2002)* que coincidiu com a aprovação do CPTA, acompanhado de alterações introduzidas no ETAF, fez subsistir a natureza mista do modelo anterior (subsistindo processos de controlo directo da legalidade regulamentar pelos tribunais administrativos coexistindo com processos de controlo incidental), mas introduziu alterações em sede de impugnação directa.

Assim, manteve-se o sindicato incidental da validade dos regulamentos⁹ e a fiscalização da legalidade, concreta e abstracta, de regulamentos regionais e estaduais violadores dos estatutos de autonomia.

A principal inovação consistiu no termo do regime dualista de impugnação directa por acção, passando a prever-se *uma única forma processual* de sindicato de normas junto dos tribunais administrativos, através da *acção administrativa especial*.

A competência para a declaração passou para a esfera dos tribunais administrativos de círculo, excepto as normas editadas pelo Conselho de Ministros e pelo Primeiro-Ministro, cujo julgamento foi cometido ao STA.

Inovadora foi, também a consagração da fiscalização da legalidade por omissão¹⁰ e das providências cautelares de suspensão de regulamentos¹¹.

⁹ N.º 2 do art. 1.º e art. 2.º do ETAF e n.º 2 do art. 52.º da CPTA.

¹⁰ Art. 77.º do CPTA.

¹¹ Alínea a) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA.

1.2.2. Observações

8. Do quadro exposto, importaria extrair cinco breves notas:

1ª. O ordenamento manteve em todas as fases descritas, embora sem relevo no segundo período, o sindicato indirecto dos regulamentos, em sede do contencioso de anulação dos actos administrativos;

2ª. O Ordenamento português sempre conservou, em todas as suas fases de evolução histórica desde 1836, a faculdade de impugnação directa de normas não estaduais (embora sem autonomia processual no 5º período);

3ª. A ordem jurídica oscilou, quanto ao sindicato dos *regulamentos estaduais*, entre sistemas de *impugnação indirecta* (1º e 3º períodos), *sistemas de impugnação directa* (2º período); e sistemas *mistos* com coexistência da impugnação indirecta com formas dominantes de impugnação directa (4º e 5º períodos).

4ª. Um nicho de regulamentos estaduais e regionais violadores dos estatutos de autonomia foi subtraído ao contencioso administrativo, passando, desde 1982, a sua legalidade a ser julgada pela Justiça Constitucional, em controlo abstracto e concreto incidental;

5ª. O termo do *modelo dito dualista de formas impugnação contenciosa directa* entre normas locais e estaduais, ocorrida no 5º período, *não fez desaparecer, contudo, uma dualidade de regimes impugnatórios em razão da legitimidade do autor e da operatividade da norma.*

III. Linhas de conservação e mudança no contexto da aprovação do Código de Processo nos Tribunais Administrativos

1. Institutos processuais subsistentes

1.1. A impugnação indirecta por via incidental dos regulamentos no âmbito do contencioso administrativo

9. Embora a doutrina estime que o instituto da apreciação incidental da legalidade de normas subsistiu após a reforma de 2002, essa subsistência opera, contudo, sem uma previsão tão clara como a que resultava da anterior redacção dada ao n.º 4 do art.º 3.º do ETAF¹²

Alguns autores (Delgado Alves) entendem que a impugnação indirecta se retiraria do art.º 204.º da CRP e do n.º 3 do art.º 1.º do ETAF, o que não procede, na medida que aí se aborda, apenas, a desaplicação de normas inconstitucionais e não de disposições ilegais.

Intentam, ainda, retirar o sindicato indirecto dos regulamentos do n.º 2 do art.º 52.º do CPTA¹³. Só que o preceito tem por objecto, actos administrativos praticados sob forma regulamentar¹⁴ permitindo-se, excepcionalmente, impugnar os respectivos actos de execução sindicando-se indirectamente o pretense regulamento. Ora, não será adequado sustentar que uma *regra excepcional*, que questiona os efeitos de regulamentos aparentes, sirva para justificar um regime geral de impugnação indirecta dos regulamentos em sentido próprio.

Eventualmente, o art. 203.º da CRP, que consagra o princípio da legalidade administrativa, pode fundar a impugnação indirecta dos regulamentos. Se um acto administrativo ilegal se encontrar inquinado, a título consequente, pela ilegalidade do regulamento que executa, será legítimo também arguir em juízo a ilegalidade dessa norma dado que, da sua desaplicação ao caso concreto, decorrerá a invalidação do acto singular que fora impugnado a título principal.

1.2. A impugnação de regulamentos desconformes com os estatutos político-administrativos das regiões autónomas

10. A revisão constitucional de 2004, articulada com o CPTA, manteve, o bizarro sistema que comete, não à jurisdição administrativa, mas ao TC, o controlo, abstracto e concreto da

¹² Preceito que determinava que os tribunais administrativos deveriam recusar a aplicação de normas que contrariassem outras de hierarquia superior.

¹³ Entendendo que daí decorreria a faculdade de os particulares impugnarem, por excepção, a legalidade dos regulamentos, questionando os seus actos de aplicação, no caso de não terem exercido o direito de os impugnar directamente

¹⁴ Art. n.º 4 do art. 268.º e n.º 1 do art. 52.º do CPTA.

legalidade de regulamentos estaduais e regionais que violem os estatutos de autonomia¹⁵. Ainda assim, a categoria das leis gerais da República foi suprimida, deixando de ser padrão de legalidade dos regulamentos regionais.

Este sistema exclui, da competência dos tribunais administrativos, sem fundamento, um domínio do contencioso da legalidade regulamentar, para o cometer a um Tribunal Constitucional, vocacionado para administrar a justiça em matérias de constitucionalidade ou de garantia das leis reforçadas.

A ausência de razões para tratar a violação regulamentar dos estatutos, de um modo diverso da violação das demais leis com valor reforçado e a lógica uniformizadora das formas impugnatórias da legalidade regulamentar no CPTA, justifica o fim deste “enclave histórico” que reserva à Justiça Constitucional uma área natural do contencioso administrativo.

2. Inovações do novo contencioso regulamentar por acção aprovado pelo CPTA

2.1. A unificação da forma de processo

11. Vimos que o regime legal anterior consagrava duas formas processuais, não alternativas, para a *impugnação directa* dos regulamentos.

No CPTA, consagrou-se uma única forma processual, a *acção administrativa especial*, destinada à impugnação de actos da administração, aí compreendido o sindicato directo de regulamentos.

A doutrina saudou a alteração por ter permitido uma simplificação e uniformização processual, traduzida:

- i) Na criação de uma única acção impugnatória, pondo-se termo ao que foi qualificado de “esquizofrenia”, com dois processos, dotados de requisitos diferentes e um âmbito de aplicação parcialmente sobreposto (Vasco Pereira da Silva);

¹⁵ Alíneas b), c) e d) do n.º 1 do art. 280.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do art. 281.º da CRP e n.º 2 do art. 72.º do CPTA.

ii) No termo do bizantino, confuso e assistemático quadro de remissões respeitantes ao Direito aplicável à tramitação processual, designada de “*Babilónia de regras processuais*” (Paulo Otero).

2. 2. Subsistência de uma pluralidade de regimes impugnatórios

12. A unidade formal da impugnação directa não uniformizou o regime impugnatório, porque continuam a subsistir diversos modos de *controlo directo de legalidade* com objectos parcialmente sobreponíveis. Será, então que não terão subsistido novas formas de dualismo processual ?

A imbricação entre a *legitimidade activa e os requisitos objectivos do sindicato directo dos regulamentos* criou, no CPTA, dois regimes de impugnação:

i) O pedido de declaração *da ilegalidade em concreto* que, o nº 2 do art. 73º, restringe a *normas imediatamente operativas* e que pode ser proposto pelo *lesado ou pelos autores populares*;

ii) O *pedido de declaração abstracta da ilegalidade*, formulado pelo *lesado* apenas quando haja repetição do julgado, e pelo Ministério Público, dirigindo-se a *todas as normas* seja qual for a sua operatividade (nº 1 do art. 73º).

13. O “dualismo” do período anterior, que diferenciava os regulamentos não estaduais dos regulamentos em geral, cedeu pois lugar a uma *pluralidade de regimes impugnatórios que, cobertos por uma única acção*, se distinguem em razão da *legitimidade do demandante* agregada a um *objecto marcado pela diferença entre normas imediata ou mediatamente operativas*. Assim:

i) *As normas imediatamente operativas* podem ser questionadas pelos regimes de impugnação concreta e abstracta, embora seja o *controlo concreto*, o meio privilegiado para a sua impugnação pelos lesados e actores populares; isto porque, como se verá, em controlo concreto, e diferentemente do controlo abstracto, não se prevê que por razões de segurança jurídica ou outras, o tribunal fixe os efeitos da sentença apenas para o futuro, evitando-se assim que o demandante se depare com decisões de

acolhimento fictícias em que a norma é julgada inválida, mas ainda assim aplicada ao caso “sub iudicio”.

ii) Já os *regulamentos mediatemente operativos* só podem ser sindicados através do controlo abstracto da legalidade.

14. O *controlo abstracto*, por assentar em demandantes e pressupostos objectivos diferentes, desdobra-se em dois sub-regimes impugnatórios:

i) O *particular* apenas dispõe da faculdade de impugnar a validade de regulamentos *mediatemente operativos*, se estes tiverem sido previamente julgados ilegais em três casos concretos.

ii) O *Ministério Público*, não está sujeito a esse limite para impugnar normas já que, *oficiosamente ou a solicitação dos actores populares*, pode pedir a declaração abstracta da ilegalidade independentemente da repetição do julgado, *devendo*, todavia, propor a acção, se a repetição envolver *três casos concretos*.

15. Continuam, pois, a subsistir dois regimes de impugnação directa de normas, com vários sub-regimes. E existem entre eles áreas de sobreponibilidade, dado que, através do sindicato concreto e abstracto, os lesados podem questionar *normas imediatamente operativas*, sem prejuízo de em controlo abstracto essa impugnação ter uma utilidade processual mais escassa para os particulares.

2. 3. Notas sobre os pressupostos processuais

A. Os pressupostos subjectivos da impugnação de normas

a) Legitimidade processual activa

i) Ministério Público

16. A legitimidade do Ministério Público é a pedra angular da componente objectiva que domina o sindicato dos regulamentos, pois é-lhe conferida competência para requerer, sem limites, o controlo abstracto da legalidade de qualquer norma regulamentar,

independentemente da sua operatividade. O controlo concreto não tem para ele, utilidade de maior, pese o facto de aí poder agir como actor popular.

Em controlo abstracto e na qualidade de defensor da legalidade objectiva geral, não se encontra vinculado ao requerimento feito pelos autores populares. E daí, também, que o único vínculo legal à sua demanda, assuma natureza objectiva, consistindo na sua vinculação à impugnação de uma norma previamente julgada ilegal em três casos concretos.

ii) Legitimidade activa do lesado

17. Para além do que já foi exposto sobre a legitimidade do particular lesado, haverá que apreciar se o CPTA elevou ou reduziu as garantias impugnatórias deste, em comparação com o regime anterior.

Alguns entendem (Vasco Pereira da Silva) que os lesados receberam no CPTA, um tratamento mais desfavorável do que na LPTA.

Julgamos que, por si só, a “lesão” como “prius” da legitimidade activa, não experimentou uma alteração significativa em relação ao art. 63º da LPTA, pois subsiste uma *legitimidade interessada* (quando a lesão se consumar) e uma *legitimidade pré-interessada* (que corresponde à lesão em momento próximo)¹⁶. Quanto ao resto, tudo depende da natureza do regulamento sindicado.

18. No que toca aos *regulamentos de operatividade imediata*, o lesado continua a poder impugná-los directamente, não sendo possível afirmar que o CPTA tenha desguarnecido a dimensão contenciosa subjectiva de normas aptas a violar a esfera jurídica dos particulares em termos análogos aos actos administrativos.

Isto porque o nº 4 do art. 268º da CRP e a alínea c) do nº 1 do art. 4º ETAF *continuam a permitir impugnar actos administrativos praticados sob forma regulamentar*. E porque o nº 2 do art. 73º do CPTA permite ao lesado pedir a declaração concreta da ilegalidade de regulamentos auto-aplicativos, cujo conteúdo, geral e abstracto, não é assimilável ao dos actos

¹⁶ Reclamando os tribunais uma exigente fundamentação desta última.

administrativos. A legitimidade do particular tão pouco se alterou em relação à impugnação de *regulamentos mediatamente operativos* do Estado, previamente julgados ilegais em três casos concretos.

19. Onde é possível registar um retrocesso será nos *regulamentos mediatamente operativos oriundos da administração local*, que antes eram directamente impugnados e que agora o lesado só os pode sindicar depois de julgados ilegais em três casos concretos.

Alguma doutrina (Pedro Delgado Alves) defende que o facto de o n.º 2 do art. 55.º do CPTA (que se reporta á acção popular local) permitir a impugnação de deliberações de órgãos autárquicos¹⁷, o que mitigaria esta insuficiência. Todavia o preceito não se insere, sistematicamente, na impugnação de normas, mas na de actos administrativos (Esteves de Oliveira) e, mesmo que proceda interpretação diversa, não poderiam accionar este meio as empresas e as pessoas não recenseadas na circunscricção que fossem lesadas por normas locais.

Este preço pago pela eliminação do dualismo, não será excessivo, já que prejudicando os pré-interessados, não obsta que os lesados sindicuem indirectamente a norma, por via incidental

iii) Da ausência de legitimidade dos actores populares na fiscalização abstracta da legalidade de regulamentos

20. Apesar de o n.º 2 do art. 9.º do CPTA atribuir legitimidade genérica aos actores populares para intervirem em processos principais, na defesa de certos bens constitucionalmente protegidos, a qual tem uma tradução específica em controlo concreto, o n.º 2 do art. 73.º do CPTA não a estendeu ao controlo abstracto da legalidade de normas.

Alguma doutrina considera que o actor popular deveria ser assimilado ao Ministério Público, de forma a poder impugnar normas de operatividade mediata, pois os referidos actores "*actuariam para a defesa da legalidade e do interesse público*" sem possuírem "*interesse próprio na demanda*". Não é possível defender semelhante equiparação, pois o n.º 2 do art. 9.º do

¹⁷ Feita por qualquer eleitor recenseado na respectiva circunscricção.

Código não nega ao actor popular interesse pessoal na demanda, mas antes lhe reconhece legitimidade para intervenção processual, nos termos da lei, “*independentemente de ter interesse pessoal na demanda*”.

Assim, se, uma autarquia com interesse subjectivo numa demanda em matéria de ordenamento do território, impugnar uma norma não imediatamente operativa que entenda violar a legalidade objectiva, verificar-se-á uma relativa sobreponibilidade entre interesses diversos, pois o “animus” subjectivo de impugnação da norma pode ser disfarçado por uma garantia objectiva da legalidade.

Outros interpretam a legislação em vigor no sentido de o n.º 2 do art. 9.º do Código permitir o controlo abstracto de normas, mediante acção interposta pelos autores populares.

21. Não acolhemos este entendimento, por três razões fundamentais.

1ª. O n.º 3 do art. 52.º da CRP atribui o direito de acção popular para a defesa de bens qualificados, “*nos casos e termos previstos na lei,*” conferindo esta remissão ao legislador liberdade para, no Código, outorgar aos autores populares legitimidade para requererem a declaração concreta da ilegalidade e excluïrem essa legitimidade no controlo abstracto. Não é, assim, possível afirmar que o n.º 2 do art. 72.º do Código restringe indevidamente o alcance da CRP, já que esta não garante a legitimidade dos actores populares em todo o tipo de regimes impugnatórios, deixando à lei a sua determinação.

2ª. Tão pouco se aceita que o n.º 2 do art. 9.º do Código se possa cumular ao n.º 2 do art. 72.º, como um norma destinada a alargar aos autores populares, a legitimidade para impugnar regulamentos em controlo abstracto. É que a primeira norma confere aos referidos actores legitimidade directa para intervirem em processos principais e cautelares, “*nos termos previstos na lei*”.

Ora essa lei tanto pode ser a LAP, como o Código. No primeiro caso, a remissão seria inútil, dado que a norma restringe esse meio à anulação de actos administrativos. Já no segundo, verifica-se que normas especiais do Código estabelecem legitimamente, diferentes níveis de intervenção contenciosa dos actores populares, níveis se conjugam perfeitamente com o n.º 2 do art. 9.º desse acto, na qualidade de norma geral.

3ª. O sentido lógico-sistemático n° 2 do artº 73º do Código é o de negar aos autores populares a propositura do controlo abstracto. É que, a ser-lhes reconhecida legitimidade para esse controlo, qual o fim do n° 2 do art. 73º que lhes atribui, apenas, o poder de requerer essa impugnação ao Ministério Público? Quem possa impugnar directamente uma norma, não necessitará de requerer a outro sujeito que proceda, facultativamente, a essa impugnação, nem de se constituir na posição subsidiária de seu assistente.

c) Tribunais administrativos competentes

22. Assiste-se, no que toca aos regulamentos ministeriais, a mais uma manifestação de “downgrading” do foro competente para a apreciação abstracta da legalidade dessas normas. Se em 1984 as normas estaduais eram julgados pelo STA, uma alteração legislativa efectuada em 1996 atribuiu a mesma competência ao TCA, passando agora o Código a remetê-los para as jurisdições de primeira instância.

Exceptuam-se as normas praticadas pelo Primeiro-Ministro e pelo Conselho de Ministros que devem ser impugnadas junto do STA.

Esta solução não dignifica o exercício dos poderes dos titulares de órgãos de soberania e coloca a validade abstracta de importantes normas (portarias e diversos decretos regulamentares), exposta à imponderabilidade dos juízes do TAC, menos experimentados.

Poderá defender-se que o recurso de revista “per saltum” para o STA evitaria a definitividade das declarações de ilegalidade. Mas o facto é que o alcance do instituto é limitado. De acordo com o art. 151º e suas remissões para o art. 150º do Código, o recurso restringe-se a questões de Direito, só podendo fundar-se em violação de lei substantiva e processual, deixando de fora normas relativas ao funcionalismo público e protecção social.

Defende-se, ao invés, que os pedidos de declaração da legalidade de normas administrativas aprovadas pelos membros do Governo sejam julgados *em primeira instância*, pelos Tribunais Centrais Administrativos.

B. Pressupostos objectivos da demanda

a) Prazo

23. O art. 75º do Código determina que a declaração de ilegalidade pode ser pedida a todo o tempo, sendo o regime idêntico ao anterior. Tal predicaria uma lógica sancionatória de nulidade (incaducabilidade da acção).

b) Requisitos processuais da impugnação directa

24. Sobre os requisitos objectivos de impugnação, duas breves notas.

1ª. No que tange ao **controlo abstracto** a recusa da aplicação da norma em três casos concretos constitui condição da propositura da acção pelo particular e fundamento do dever de impugnar do Ministério Público, entendendo-se que:

- i) A expressão “*qualquer tribunal*” envolve todo o foro onde se julgue a ilegalidade de um regulamento, abrangendo os juízos incidentais proferidos pela jurisdição comum ou administrativa e as declarações concretas feitas nos tribunais administrativos;
- ii) Não é exigível na contabilização da repetição do julgado, que o vício que predicou a ilegalidade da norma em cada caso concreto seja o mesmo, dado que o Código apenas se refere à recusa da aplicação daquela com fundamento em ilegalidade, independentemente do motivo;
- iii) O “*processo em massa*” não permite inserir na referida contabilização cada um dos processos apensados ao processo-modelo, já que: - o n.º 1 art. 48º do Código ao referir-se à “*aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto*” reportar-se-ia a actos administrativos e não a regulamentos; um sector da doutrina (Esteves de Oliveira) considera que a expressão “*pronúncia*” da entidade administrativa afastaria acções que tenham por objecto a ilegalidade de normas; e o escopo dos três casos concretos visa conferir uma distância temporal mínima que permita aos tribunais consciencializarem a necessidade de remoção da norma suspeita, da ordem jurídica.

2ª. No que respeita à **fiscalização concreta da legalidade**, o requisito objectivo que condiciona a sindicabilidade do regulamento é a circunstância deste ter aptidão para produzir singularmente efeitos lesivos sem carecer da imediação de um acto administrativo.

Daí que, se vier a ser praticado um acto administrativo de execução de regulamento auto-operativo ilegal, essa aprovação não constituirá fundamento para a não admissão da acção contra essa norma, já que esta reúne “a se”, as condições objectivas de impugnação directa.

2.4. Marcha do processo

25. Remete-se esta matéria para os art.s 46º e 49º do Código.

2.5. Efeitos da declaração de ilegalidade

A. Regime sancionatório inerente à declaração da ilegalidade com força obrigatória geral: traços dominantes do novo regime

26. Já na reforma de 1984/85 se verificara uma aproximação parcial ao sistema de fiscalização da constitucionalidade, traduzido no instituto da declaração com força obrigatória geral da ilegalidade das normas, com ressalva dos casos julgados. Foi uma aproximação algo nominal e “invertida”, já que manteve, no plano dos efeitos da declaração, os tópicos da sanção que Marcelo Caetano baptizara de *“nulidade radical”*, a qual consistia numa sanção mista de invalidade.

A declaração da legalidade tinha, por regra, efeitos “ex nunc” preservando-se os actos póstumos ilegais, salvo se o tribunal conferisse à decisão efeitos “ex tunc”, com fundamento em razões de equidade, segurança jurídica e interesse público de especial relevo.

27. Com a aprovação do Código pôs-se termo à regra geral da preservação de efeitos póstumos de normas inválidas, a qual fora estimada por parte da doutrina como inconstitucional mas que, bem vistas a coisas, se afigurava mais prudente do que o actual.

Os traços do novo regime sancionatório do controlo abstracto, previstos no art. 76º do CPTA são textualmente mais próximos do paradigma do art. 282º da CRP, dado que:

- i) A declaração de ilegalidade originária da norma produz efeitos sancionatórios retroactivos desde a sua data de emissão (leia-se, entrada em vigor) e determina a reprivatização da norma revogada pelo regulamento ilegal;
- ii) Razões de segurança jurídica, equidade e interesse público podem levar o tribunal a determinar eficácia “ex nunc”, aos efeitos da sentença, a partir do trânsito em julgado, invertendo-se o sentido do regime precedente;
- iv) Preserva-se os casos julgados dos efeitos retroactivos da sentença *mas passa a alargar-se essa salvaguarda aos actos administrativos inimpugnáveis.*

3. Declaração da ilegalidade por omissão

28. O instituto, previsto no art. 77º do Código firmou-se como uma importante inovação do CPTA. Através dele, tentou-se contrariar uma patologia enraizada na ordem jurídica, no sentido da não emissão de regulamentos que concretizem leis não exequíveis por si próprias.

Tendo, uma vez mais, colhido a sua inspiração na Constituição, o regime instituído vai todavia mais longe, já que:

- i) O tribunal administrativo não se limita a verificar a ilegalidade por omissão e a dar dela conhecimento à entidade competente (tal como sucede na CRP) dado que fixa um prazo não inferior a seis meses para que a omissão seja suprida;
- ii) É defensável que o não acatamento da sentença permitirá ao lesado desencadear os mecanismos de execução adequados à fixação de uma sanção pecuniária compulsória aos responsáveis pela subsistência da omissão (nº 2 do art. 3º do Código).

III. Aspectos problemáticos do novo regime: examinaremos quatro questões em particular.

1. A sindicabilidade em controlo concreto e incidental de actos preservados por uma declaração *ex nunc* da ilegalidade

29. Se uma sentença determinar que a declaração de ilegalidade em controlo abstracto produz efeitos “ex nunc”, será possível impugnar actos administrativos editados ao abrigo da norma ilegal?

A resposta parece ser negativa. O sentido útil de uma restrição temporal de efeitos da declaração proferida com força obrigatória geral é o de imunizar situações póstumas constituídas ao abrigo do regulamento ilegal, em relação à sanção que o atingiu.

Se, os mesmos actos pudessem ser sindicados através de outros meios contenciosos, a força de caso julgado formal e material inerente à declaração abstracta de ilegalidade com eficácia *ex nunc* seria posta em causa. O “telos” de uma declaração de ilegalidade de tipo manipulativo é o de que os efeitos da decisão se exprimam bidireccionalmente, expulsando a norma do ordenamento mas preservando, postumamente, os seus actos de execução. Claro está que a declaração de ilegalidade que determine efeitos ex nunc à decisão, deve salvaguardar da preservação de efeitos póstumos inconstitucionais os casos pendentes, tal como o faz o Tribunal Constitucional, já que se garante o investimento na confiança do cidadão que entretanto impugnou acto ou contracto consequentemente ilegal e que pretende ver tutelados os seus direitos (Ac. nº 497/2007).

2. A preclusão da repristinação de regulamentos inválidos

30. Da letra do nº 1 do art. 76º do Código parece retirar-se o carácter automático da repristinação que inere à declaração abstracta da ilegalidade. Ora, mais ainda do que sucede com as leis repristinadas em controlo de constitucionalidade, existe o sério risco de muitos regulamentos revivescentes colidirem com a legislação vigente.

De acordo com o nº 4 art. 282º da CRP, a declaração da inconstitucionalidade pode fixar os seus efeitos com um alcance mais restrito do que o do nº 1 do mesmo preceito. Tal permite ao TC conhecer “ex officio” a invalidade do Direito repristinável e vedar essa repristinação, dado que essa proibição constitui um efeito restritivo. Só que a redacção do art. 76º do Código não é idêntica à do nº 4 do art. 282º da CRP, focando apenas a hipótese de se declarar a ilegalidade com eficácia futura.

Entende-se que a jurisprudência não deve fazer uma leitura literal do preceito, no sentido da automaticidade da repristinação, mas sim uma leitura conforme ao princípio constitucional da legalidade (vide em matéria de planeamento territorial a posição de Alves Correia). O princípio da legalidade impede os tribunais de aplicarem normas que infrinjam os princípios constitucionais. Daí que se interprete o artº 76º como fixando a regra da repristinação, salvo se as normas renascidas forem ilegais.

3.A querela relativa à salvaguarda do caso administrativo decidido

A. Introdução ao problema

31. Se o Código pôs termo à “nulidade radical” que parecia pontificar no regime jurídico processual anterior, o facto é que subsistem refracções dessa estranha sanção que implica a salvaguarda dos actos administrativos que executam a norma declarada inválida. O nº 3 do art. 76º do Código reza que, nos juízos de invalidade proferidos com efeitos “ex tunc”, se têm por salvaguardados, a par do caso julgado, os *actos administrativos inimpugnáveis*, expressão relativamente indeterminada no seu efectivo alcance.

Entende-se que o legislador, atenta a jurisprudência do Tribunal Constitucional que se dobrou à jurisprudência clássica do STA sobre esta matéria, pretendeu salvaguardar o chamado caso decidido administrativo.

A aproximação do instituto do caso julgado ao caso decidido não é nova. Marcello Caetano teria extraído de Otto Mayer o entendimento, segundo o qual, tal como a sentença transitada em julgado seria imodificável, na medida em que não admitiria recurso ordinário, o acto administrativo relativamente ao qual tivesse transcorrido o prazo de impugnação contenciosa, consolidar-se-ia, fazendo “caso decidido” ou “caso resolvido”.

A razão de ser dessa consolidação radicaria na necessidade de se obter segurança na ordem jurídica, na medida em que não seria possível “suportar anos sem fim a incerteza sobre se um acto jurídico é legal ou ilegal, válido ou inválido” (FREITAS DO AMARAL). A certeza seria obtida por via negativa, “*ope legis*”, sanando-se o vício na medida em que transcorra o prazo para a sua impugnação. De acordo com o mesmo autor, o caso decidido *constitui uma situação jurídica consolidada pelo facto de o acto que lhe deu origem se ter tornado inimpugnável, em virtude de ter*

transcorrido o prazo legal para poder ser sindicado contenciosamente com fundamento em vícios que prediquem a sua anulabilidade.

No caso, porém, de os vícios que atingem um dado acto administrativo serem suficientemente graves para fundamentarem a sanção da nulidade, nos termos do art. 133º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), não haverá caso decidido, podendo o referido acto ser impugnado contenciosamente a todo o tempo.

32. Exponentes doutrinários de uma corrente subjectivista do Direito Administrativo (VASCO PEREIRA DA SILVA) têm defendido que a entrada em vigor do novo contencioso administrativo em 2004 teria extinguido a figura do *caso decidido*, na medida em que o nº 1 do art. 51º CPTA teria alargado o âmbito da impugnabilidade dos actos administrativos, em razão da sua eficácia externa e do seu carácter lesivo dos direitos dos particulares, dando cumprimento ao disposto no nº 4 do art. 268º da CRP. Seria, portanto, inconstitucional toda a decisão que tivesse como inimpugnável um acto lesivo de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares. Nestes termos, o decurso do prazo de impugnação não convalidaria o vício, transformando o acto ilegal num acto legal, mas teria apenas o efeito processual de impedir a impugnação do acto mediante a proposição de uma acção administrativa especial. Os efeitos materiais do acto seriam, contudo, à luz do nº 2 do art. 37º do CPTA, susceptíveis de apreciação através de uma acção administrativa comum, podendo através dela proceder-se ao reconhecimento de direito e à responsabilização civil extracontratual do Estado, sem que a lógica do caso decidido possam vedar a proposição desse meio processual.

Qualquer eventual concordância com a posição exposta não preclui a possibilidade abstracta de sustentação de um entendimento inverso, nos termos do qual, o próprio CPTA excepciona a regra geral da faculdade de impugnação de actos lesivos, ao prever expressamente a existência de actos *inimpugnáveis através de qualquer meio processual quanto aos seus efeitos materiais*, independentemente do critério da lesão (nº 3 do art. 76º), decorrendo os fundamentos dessa inimpugnabilidade do transcurso do prazo impugnatório, previsto no nº 58º e seguintes do CPTA para os actos anuláveis, em conjugação com o regime legal da anulabilidade constante dos art.s 135º e 136º do CPA. Sem prejuízo da doutrina em exame poder indo fazer o seu caminho amparada na preceptividade da norma do nº 4 do art. 268º da CRP (e com alguns resultados no campo da responsabilidade civil extracontratual), se atentarmos no teor da jurisprudência administrativa que será examinado mais adiante,

verificaremos a notícia da morte precoce do caso decidido será, para já, talvez um pouco exagerada. Como tal, considerá-lo-emos como uma realidade do tempo presente, independentemente das críticas de mérito que a sua subsistência possa merecer.

B. Sentidos possíveis da norma do nº 3 do art. 76º do CPTA

33. O sentido do preceito em epígrafe não é claro e permite duas interpretações alternativas:

i) A de que a norma seria inválida (nula), mas que os actos administrativos de execução de regulamento que enfermassem de *vícios próprios* geradores de anulabilidade e que não tivessem sido impugnados no prazo máximo de um ano (prazo máximo de impugnação, concedido ao Ministério público), se tornariam intangíveis e como tal, imunes aos efeitos de posterior declaração de invalidade do regulamento:

ii) A de que haveria uma dissociação sancionatória ente nulidade do regulamento e anulabilidade dos actos de execução do regulamento que enfermem de vícios consequenciais, tornando-se esses actos inimpugnáveis caso não sejam, em controlo incidental impugnados dentro dos prazos legais (3 meses pelos particulares contados da data da sua notificação e o prazo de um ano pelo Ministério público).

A primeira interpretação, mais literal, deve ser afastada. Ela implicaria uma estranha *bonificação ao acto ilegal atingido por vícios próprios geradores de anulabilidade* na medida em que, ficando esse vício sanado pelo decurso do prazo de impugnação, o acto ficaria defendido de invalidação posterior decorrente da existência de vícios mais graves que lhe tenham sido propagados pelo regulamento a que dá execução: a sanção do vício próprio menos grave tornaria o acto inimpugnável em face de vícios consequenciais de carácter mais grave.

A segunda interpretação, mais verosímil, é a que radica numa muito controversa jurisprudência

34. Tudo terá surgido a propósito de decisões do STA relativas à inconstitucionalidade consequente de actos administrativos e que começaram a consolidar-se em torno de

orientações sustentadas em decisões prolatadas na década de oitenta relativas não apenas à ilegalidade, mas à inconstitucionalidade consequente de actos administrativos fundados em lei ou regulamento inconstitucional.

O *Acórdão referencial do STA* sobre esta matéria terá sido proferido em 16-4-1982 (*in “Acórdãos. Doutrinaiis” n.º 247*), tendo o mesmo aresto rezado o seguinte: *“A declaração de inconstitucionalidade de normas legais não pode ofender o caso julgado, o caso resolvido ou os negócios jurídicos esgotados”*. Como tal, essa declaração de inconstitucionalidade *“(…) só atinge as situações ainda não resolvidas à face daquele diploma [o DL 47/77], deixando intactos os direitos adquiridos pelo caso resolvido administrativamente”*.

Semelhante orientação foi retomada em outros acórdãos do mesmo Tribunal, nomeadamente o Acórdão de uniformização de jurisprudência, de 12-2-85, o qual considerou que, tal como sucede com o caso julgado, também o caso resolvido (ou seja *“os actos administrativos não impugnados contenciosamente”*) se consolidam, ficando com *“(…) carácter de incontestabilidade e estabilidade na ordem jurídica por razões de certeza e segurança”*. E a par do caso resolvido, também os efeitos civis já produzidos pelo cumprimento da mesma obrigação ficariam imunizados aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Importa, ainda, atentar no teor do Ac. do STA de 16-3-1993. Aí se considerou que *“o acto que aplica norma inconstitucional não é inexistente ou nulo, por vício da vontade, estando antes viciado por erro no pressuposto de direito, o que integra violação de lei, causa de mera anulabilidade”*.

Assim, a anulabilidade seria, por regra, a forma de invalidade do acto consequentemente inconstitucional que não padecesse simultaneamente de outros vícios próprios que reclamassem uma sanção mais grave. Importa, contudo, referir que toda a jurisprudência mencionada não fundamentou a equiparação que fez entre o regime do caso julgado e o do caso decidido, esboçando a este respeito uma construção carente de um percurso metódico sólido, ausente de preocupações dogmáticas e embrenhada num objectivismo de *“favor legislatoris”* que, a pretexto da defesa de direitos consolidados, pretendeu salvaguardar a perenidade dos actos inconstitucionais da Administração.

35. O Tribunal Constitucional, durante um largo período de tempo, escusou-se, no que respeita a salvaguarda de actos administrativos, a entrar na querela doutrinária da equiparação entre o caso julgado e o acto decidido (cfr., de entre outros, os Ac. n.º 869/96 e n.º 254/90. Considerando frequentemente que certas situações abrangidas pelo *“acto*

decidido” administrativo mereceriam ser imunizadas dos efeitos sancionatórios de uma decisão de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional preferiu preservá-las, só que à luz do n.º 4 do art. 282.º da CRP.

Ainda assim, desde a prolação do Ac. n.º 786/96, de 19-6, o Tribunal Constitucional terá esboçado uma interpretação mais ousada no sentido da equiparação do acto decidido ao caso julgado.

Reza o mesmo aresto o seguinte *“Ora, na situação presente, a aplicação da norma passou certamente pela prática de actos administrativos de que poderá ter decorrido um de dois desfechos, conforme tenha havido (ou não) recurso contencioso. Se houve recurso contencioso ou ainda puder haver, não é indispensável nem adequada a fiscalização abstracta para resolver o caso, abrindo-se sempre a via do recurso de constitucionalidade. Se não houve recurso contencioso, o acto administrativo acabou por se consolidar na ordem jurídica, deixando de ser impugnável. Nesta última hipótese, tal consolidação, mesmo não constituindo caso julgado em sentido estrito, por não proceder de decisão judicial, há-de, no entanto, a ele ser equiparada para efeito do disposto no artigo 282º, nº 3, da Constituição”*.

A equiparação entre o caso julgado e caso decidido através de uma sentença aditiva (inconstitucional) constituiu a peça que faltava para o TC criar um regime de nulidade para a norma e anulabilidade para a o acto, independentemente do vício consequencial de que este pudesse enfermar.

Ora, o CPTA, quando aproximou o regime de controlo concreto da legalidade regulamentar do regime do controlo abstracto da constitucionalidade das normas, incorporou na lei aquilo que falta na constituição mas o Tribunal Constitucional intentou suprir: a intangibilidade de todos os actos administrativos de execução de regulamento não impugnados com fundamento em ilegalidade consequente no prazo de um ano.

36. Trata-se de uma solução com controversos precedentes legais: o n.º 2 do art. 104º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT) salvaguarda os actos de execução de Plano de Gestão territorial *nulo* (sem que se entenda se se trata da nulidade declarada pela Administração pelos tribunais ou por ambos); e outra, uma verdadeira aberração jurídica, consta do n.º 4 do art. 64º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE) que dita uma limitação temporal de dez anos à possibilidade de arguição

de certas *nulidades* (sic) de actos de *licenciamento, admissão de comunicação prévia e autorização de utilização* !?

C. Apreciação crítica à solução legal consagrada

37. Importaria sobre esta matéria tecer três ordens de considerações.

1ª. Julga-se que a solução consagrada pelo Tribunal Constitucional, relativamente à preservação do caso decidido no contexto das declarações abstractas da inconstitucionalidade das normas a que esses actos dão execução) é ela própria inconstitucional, pois não cabe ao mesmo Tribunal alterar a CRP aditando uma regra que equipara o caso julgado ao caso decidido no nº 3 do art. 282º. Trata-se não de analogia (que é proibida no âmbito de normas excepcionais) nem de interpretação extensiva mas de uma sentença aditiva de revisão constitucional a qual ofende o princípio da separação de poderes e viola a reserva de Constituição.

2ª. A construção jurídica criticada assenta na equiparação feita entre *caso julgado e caso decidido a qual é inaceitável.*

Na verdade:

i) Enquanto o caso julgado se define como um efeito de Direito, em regra imodificável, constituído a favor de terceiros por decisões transitadas em julgado, o caso decidido constitui uma situação jurídica consolidada por falta de oportuna impugnação contenciosa;

ii) Enquanto o caso julgado é uma sentença e, como tal, resulta do exercício da função jurisdicional, o caso decidido não é mais do que um mero acto administrativo, emerge do exercício da função executiva;

iii) Enquanto o caso julgado intenta ser a última palavra proferida pelo sistema jurídico relativamente a uma luta pelo Direito, mediante a tomada de uma decisão jurisdicional ordinariamente irrecorrível, já o caso decidido visa precisamente precluir a certos interessados o uso de meios de defesa contenciosa, depois de esgotado o prazo legal

concedido para que os mesmos possam agir, concedendo a última palavra à Administração por efeito da inércia desses interessados e do Ministério Público;

iv) Enquanto a estabilidade do caso julgado se deve à necessidade, constitucionalmente garantida, de preservar a paz jurídica relativa a um litígio ou à composição de um conflito, beneficiando quem recorreu aos tribunais e foi parte vencedora, o caso decidido visa acautelar um interesse público da Administração (bem como de potenciais interessados) carente de garantia constitucional, em pôr termo à incerteza sobre a subsistência ou não de um acto potencialmente viciado por uma deformidade menor, fazendo intervir o factor tempo como fundamento da inimpugnabilidade do acto;

v) Enquanto o caso julgado inconstitucional é, em regra, insusceptível de revisão por efeito da declaração da inconstitucionalidade da norma em que se funda (n.º 3 do art. 283.º da CRP) excluindo, em princípio, o direito do particular a uma indemnização, o caso decidido cujo vício se tenha sanado pelo decurso do tempo, pese o facto de ter deixado de ser inválido, continua a ser ilícito, o que implica que, apurada culpa, pode relevar em termos de responsabilidade civil extracontratual por prejuízos que tenha causado (art. 4.º da Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro e n.º 1 do art. 38.º do CPTA).

No fundo, a consolidação do julgado funda-se, à luz de uma dimensão superior do princípio da segurança jurídica, no respeito por uma decisão judicial definitiva enquanto a consolidação do caso resolvido opera à margem da intervenção jurisdicional e estriba-se numa dimensão inferior e utilitária da segurança jurídica que reclama estabilidade dos actos administrativos e das situações por eles constituídos, em face de potenciais impugnações judiciais radicadas em vícios menores.

No caso julgado, a segurança jurídica beneficia quem impugnou e venceu definitivamente a causa por ter o direito do seu lado, enquanto na órbita do caso decidido o mesmo princípio beneficia, por inércia, a Administração e os contra-interessados na manutenção do acto, quando o lesado e o Ministério Público se mostram inaptos para defender atempadamente a sua invalidade através de meios processuais adequados.

Não é possível, por conseguinte sustentar uma desigualdade censurável entre o destinatário de acto transitado em julgado e o destinatário de caso decidido relativamente ao modo diverso de projecção dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da lei onde os dois actos se fundavam. E não é, materialmente consistente que se proceda, sem qualquer justificação razoável, a uma assimilação pretoriana, mesmo que “funcional”, entre dois institutos que não são assimiláveis.

3ª. O transplante da preservação do acto decidido inconstitucional para o CPTA, de forma a consagrar idêntica salvaguarda ao acto resolvido que execute um regulamento ilegal não é igualmente sustentável. Na verdade a solução:

- É inconstitucional pois permite que actos ilegais continuem no ordenamento e o regulamento invalido possa, através da preservação dos seus efeitos passados a derogar ilegitimamente a lei (violação dos art.s 3º e 112º nº 5 da CRP);
- Pode ser, igualmente, inconstitucional pois permitiria a subsistência de actos lesivos dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares (nº 4 do art. 268º da CRP);
- Permite que a norma seja declarada nula por violação do princípio da proporcionalidade ou igualdade mas que os actos de execução desproporcionais e arbitrários subsistem;
- É dogmaticamente absurda pois afronta o conceito da nulidade da norma, a qual à luz do princípio da imediatividade implica a eliminação *ex tunc* dos actos praticados à sua sombra e a reconstituição da situação preexistente na medida do possível;
- É ilógica, pois se da alínea i) do nº 2 do art. 133º do CPA resulta a sanção da nulidade para os actos consequentes de actos já anulados e revogados, não fará sentido, por maioria de razão, que o mesmo não suceda com os actos consequentes de regulamentos nulos;
- É desproporcionada pois permite que uma incidência cega da segurança jurídica obnubile o princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade e as garantias contenciosas dos particulares contra a impugnabilidade a todo o tempo de actos de execução de normas nulas que violem os seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Entendemos que seria essencial uma alteração do CPTA que eliminasse a salvaguarda cega do acto decidido conseqüentemente ilegal e encontre outra solução mais segura, a saber: i) a do regime anterior que não era a nulidade mas uma invalidade mista (preservação de todos os actos de execução, excepto os salvaguardados em razão da segurança jurídica); ii) a do regime da nulidade semelhante ao do art. 282º da CRP sem a salvaguarda do acto inimpugnável; iii) uma nova solução que acolhesse a inimpugnáveis de certos actos mas acautelasse a eliminação de todos os actos de execução de norma ilegal que enfermasse de vícios mais graves.

38. Observe-se que embora num quadro de grande incerteza a terceira solução exposta tem tido acolhimento na evolução mais recente dos tribunais administrativos.

Assim, passou a acentuar-se o entendimento segundo o qual a forma de invalidade aplicável depende do tipo de vício de que o acto impugnado enferma como efeito de aplicação de norma inconstitucional, tendo admitido, por exemplo, um Acórdão de 3-6-2009 do STA, que *a desaplicação de norma ilegal ou inconstitucional pode gerar tanto a anulabilidade como a nulidade do acto de execução.*

Nesse sentido, havendo acto fundado em norma inconstitucional que implique a violação do conteúdo de direitos fundamentais, esse acto será nulo na medida em que o CPA fere com nulidade a violação desses direitos (a alínea d) do nº 1 do art. 133º do CPA comina explicitamente a nulidade do acto administrativo que viole o conteúdo essencial de um direito fundamental). No sentido da nulidade pronunciaram-se, por exemplo, o Ac. de 9 de Dezembro de 2003 (direito à greve) e, em *obiter dictum*, a sentença de 5 de Julho de 2008

Nos Tribunais de segunda instância, o apelo referencial ao art. 133º do CPA é igualmente convocado para a determinação da sanção a aplicar ao acto conseqüentemente inconstitucional ou ilegal. Veja-se o caso da decisão de 11 de Novembro de 2008 (Proc. nº 1897/07), do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA), que considera que a nulidade se aplica sempre que ocorram os requisitos plasmados no referido artigo do CPA, com relevo para a alínea d) do nº1. E o mesmo Tribunal tanto na decisão anterior, como na relativa ao processo nº 2264/2008, também de 11 de Novembro de 2008, alude também, no tocante ao acto conseqüente da norma inválida, ao critério doutrinal *do interesse predominante*, público

ou privado, para a aferição do tipo de sanção a aplicar (supra § 161, Tomo I), factor que alarga o campo da nulidade, embora num universo pautado por uma grande incerteza.

É, pois possível sustentar, mesmo sem alteração do CPTA, que, se os vícios do regulamento corresponderem aos que o 133º refere como vícios próprio do acto administrativo justificativos de nulidade, o acto administrativo que execute esse regulamento ilegal será nulo e não anulável não podendo ser tido como acto inimpugnável. Trata-se de uma solução mais razoável embora coxa (pois o art. 133º do CPA não foi pensado para ilegalidade consequente o acto) e propiciadora de incerteza se se apelar ao critério do interesse público para identificar a sanção adequada como fez o TCA Sul.

4. O controlo concreto da legalidade e a sua espúria e problemática natureza

39. O CPTA não explicita os efeitos da declaração concreta da ilegalidade de um regulamento, havendo que os deduzir directamente do nº 2 do art. 73º e, “a contrario”, do art. 76º do mesmo Código.

40. Em termos gerais verifica-se que:

- i) A declaração pressupõe um juízo de ilegalidade que opera apenas em relação ao caso concreto, e têm efeitos inter-partes, sem prejuízo de, na acção popular, poder vincular outros que não apenas a autoridade demandada;
- ii) Desse juízo de ilegalidade resulta, a desaplicação da norma ao caso singular (privação de eficácia concreta da norma inválida), pelo que, não sendo a norma removida do ordenamento, ela poderá ser aplicada a outros casos, se a Administração ou outros tribunais a não julgarem inválida;
- iii) A desaplicação fundada em invalidade produz efeitos “ex tunc” e, como o CPTA não prevê uma restrição temporal de efeitos análoga à da declaração abstracta, esta via é tida como mais favorável aos direitos dos lesados (Vieira de Andrade).

41. O instituto em estudo revela um carácter algo alienígena, já que opera como controlo por via directa ou principal (típico da fiscalização abstracta), que produz, todavia, os seus efeitos em termos idênticos aos de um controlo de legalidade incidental.

Alguma doutrina criticou o instituto, pela incoerência e quebra da certeza jurídicas derivadas da possibilidade de uma norma poder ser julgada ilegal em dado processo e legal noutros. E suscitou a inconstitucionalidade da solução por violar os princípios da legalidade e da igualdade e, ainda, por restringir o conteúdo essencial do direito de impugnação de normas lesivas de direitos dos particulares.

O controlo concreto revela-se uma figura espúria e de importação constitucional desnecessária que complica o sistema e que deveria ser suprimida. É que, à fiscalização incidental junta-se um segundo controlo concreto por via principal com idêntico efeito, que perturba a segurança jurídica ao permitir a subsistência transitória no sistema, de normas *zombies* enfraquecidas por juízos de ilegalidade. O argumento favorável que sustentaria a necessidade de a Administração ir poupando regulamentos, com o arrastamento dos julgamentos concretos de ilegalidade é improcedente pois dessa “poupança” estratégica não se recolhe qualquer princípio jurídico, devendo a mesma ceder em face do princípio da segurança jurídica. E tão pouco convence o argumento de que o regime de controlo concreto, sem o efeito da força obrigatória geral, evitaria juízos apressados, já que o sistema oferece um regime de recursos e reclamações que atenuaria certos riscos de ligeireza decisória, pelo menos no tocante a normas não governamentais.

E, se é certo que o instituto em si mesmo considerado não diminuiu genericamente as garantias dos particulares em termos de tutela jurisdicional efectiva o facto é que a supressão do recurso directo de anulação de normas do poder local acabou por gerar algum retrocesso no plano garantístico em face da legislação anterior. Isto porque o lesado por regulamentos *ilegais mediatemente operativos* oriundos da administração autárquica deixou de os poder impugnar directamente.

42. Seria, no nosso entendimento, preferível suprimir o controlo concreto e consagrar, apenas, a par da impugnação incidental, *uma via directa controlo abstracto* que permitisse:

- Ao Ministério Público (tal como presentemente sucede) impugnar quaisquer normas a todo o tempo (sendo obrigado a fazê-lo em caso de repetição do julgado em três casos concretos);
- Ao lesado sindicar, por via directa, quer normas *imediatamente operativas* a todo o tempo, quer normas *mediatamente operativas* incidentalmente julgadas ilegais em três casos concretos, tendo os efeitos da declaração da ilegalidade *força obrigatória geral*.

A ser aceite a supressão do controlo concreto, *seria recomendável que se assegurasse a tutela dos interesses do particular relativamente aos regulamentos ilegais*. Nesse sentido importaria consagrar no art. 76º, uma disposição que garantisse que, no caso de o tribunal determinar uma fixação “ex nunc” dos efeitos *temporais* da declaração de ilegalidade tal restrição não afectaria a inaplicabilidade do regulamento ilegal imediatamente operativo à esfera jurídica do autor e aos autores de outros processos pendentes. Equilibrar-se-ia, com essa solução, a tutela subjectiva dos direitos do particular que impugnou a norma com o interesse público em eliminar esse regulamento do ordenamento jurídico.

IV. Observações Finais

43. Importaria rematar este excuro com três observações.

1ª. Um sistema compósito. A criação de um contencioso decalcado da CRP, heteróclito, armado de todo o tipo de meios impugnatórios revela um sistema algo inseguro, acumulativo, com uma duvidosa identidade própria.

O controlo concreto revela-se uma figura algo espúria e de importação constitucional que complica desnecessariamente o sistema e que deveria ser suprimida. É que, à fiscalização incidental junta-se um segundo controlo concreto por via principal, que perturba a segurança jurídica e que permite a subsistência no sistema de normas enfraquecidas por juízos de ilegalidade.

Teria sido preferível consagrar, a par da impugnação incidental, uma via controlo abstracto, próxima à que existia no regime anterior, que permitisse ao ministério Público impugnar

quaisquer normas e ao lesado sindicar, quer normas imediatamente operativas, quer normas mediadamente operativas incidentalmente julgadas ilegais em três casos concretos.

2ª. O “deve e haver” entre objectivismo e subjectivismo

O novo contencioso regulamentar equilibra os diversos níveis de interesses objectivos e subjectivos na tutela da legalidade. Os interesses subjectivos foram beneficiados com a unidade da tramitação dos processos de impugnação directa; com o controlo da ilegalidade por omissão; com a introdução dos procedimentos cautelares e, mais duvidosamente, com a impugnação concreta.

Terá, contudo, havido um retrocesso pontual da tutela subjectiva, na medida em que o particular viu dificultado o controlo abstracto dos regulamentos locais não imediatamente operativos, os quais antes podia impugnar sem limites. Não sendo este retrocesso grave para o lesado, que pode recorrer à impugnação incidental, o mesmo já se não passa, todavia, com o pré-lesado.

Não se considera, ainda assim, que a não outorga de uma legitimidade incondicionada ao particular para sindicar normas ilegais em via abstracta tenha defraudado a tutela de interesses subjectivos, já que não faz sentido que esse direito seja concedido relativamente a regulamentos mediadamente operativos.

3ª. Uma evolução na continuidade

O modelo de contencioso do Código, não rompeu com regime precedente, também ele misto. Unificou os meios impugnatórios directos numa única acção, mas manteve regimes impugnatórios distintos, alguns dos quais com raízes no sistema anterior. Daí que as principais inovações constituam uma evolução na continuidade.

As alterações mais expressivas foram, afinal, a introdução do controlo por omissão e, em controlo abstracto, a substituição da *nulidade radical* pela regra geral da nulidade da norma ilegal, a qual não resulta ser clara e convincente no tocante à salvaguarda do chamado caso decidido.

Bibliografia portuguesa

AFONSO QUEIRÓ “Nota Sobre o Contencioso de Normas Administrativas”- Revista “O Direito e Estudos Sociais”-Ano I-1-1945.

CARLOS BLANCO DE MORAIS “Brevíssimas Notas Sobre a Revisão do CPTA e do ETAF em Matéria de Contencioso Regulamentar” in “Cadernos de Justiça administrativa”- nº 65.

CARLOS BLANCO DE MORAIS “A invalidade dos regulamentos e os Fundamentos da sua Impugnação Contenciosa”- “revista jurídica (AAFDL) nº 8.

CARLOS F. CADILHA “Dicionário do Contencioso Administrativo” - Coimbra-2006

DINAMENE DE FREITAS “O Acto Administrativo Inconstitucional”-Coimbra-2010.

DIOGO FREITAS DO AMARAL “Direito administrativo”- Lisboa Vol IV (1988) e Vol III (1989).

FERNANDO ALVES CORREIA “A Impugnação jurisdicional de Normas Administrativas”-Cadernos de Justiça administrativa2-nº 16-1999.

JOÃO RAPOSO “Sobre o Contencioso dos Regulamentos Administrativos”-Revista de Direito Público — nº 7-1990.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE “Justiça Administrativa”-Coimbra-2005.

MARCELLO CAETANO “Manual de Direito Administrativo II”-Coimbra 1999

MARCELO REBELO DE SOUSA-ANDRÉ SALGADO DE MATOS “Direito Administrativo Geral”-III-Lisboa-2009.

MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA “ A impugnação e Anulação Contenciosa dos regulamentos-Apontamentos sobre o Novo regime Legal2-revista de Direito Público - Ano 1-nº 2-1986.

MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA-RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA “ Código de Processo nos Tribunais Administrativos e estatuto dos Tribunais administrativos e Fiscais”- I-2006.

PAULO OTERO “Legalidade e Administração Pública”-Coimbra-2003.

PEDRO DELGADO ALVES “O Novo Regime de Impugnação de Normas” in “Novas e Velhas Andanças do contencioso Administrativo”-Lisboa-2005.

VASCO PEREIRA DA SILVA “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise”- Coimbra-2005- RUI MEDEIROS, “A Decisão de Inconstitucionalidade” - Lisboa-1999

Os Processos Cautelares na Justiça Administrativa - Uma Parte da Categoria da Tutela Jurisdicional de Urgência

Isabel Celeste Fonseca¹

SUMÁRIO: **0.** Proposição. **I.** Primeira explicitação: o género (tutela de urgência) e a espécie (tutela cautelar). **II.** Segunda explicitação: as técnicas necessárias para a existência da espécie. **III.** Terceira explicitação: as técnicas obrigatórias para a existência do género

0. Proposição

Não é por mero acaso que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (= CPTA) acolhe uma categoria processual para realizar a protecção jurisdicional das *pretensões-jurídicas-substantivas-de-urgência*. Na realidade, por razão de vários factores, esta foi a solução acolhida tanto para dar resposta às exigências de ordem social, ditadas pela sociedade *tardo-moderna*, *sociedade de risco* ou *sociedade-da-urgência*, como para satisfazer as imposições decorrentes do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, com sede na Lei Fundamental e no Direito Processual Europeu².

Precisamente, a categoria da tutela jurisdicional de urgência ganhou imediatamente autonomia do ponto de vista da forma processual, quando o legislador decidiu atribuir-lhe uma tramitação especial, sendo certo que tal estirpe processual também ganhou traços estruturais e funcionais distintivos. Falamos, assim, num género de tutela jurisdicional que, a partir de um critério formal, se afirma com autonomia por determinação legal. E falamos de uma espécie de tutela dentro daquele género que se distingue sobretudo pelo seu perfil funcional. Aliás, a partir de uma perspectiva funcional, percebe-se bem a razão pela qual as técnicas da *acesoriedade-instrumentalidade* e da *provisoriidade* estão concretizadas nos processos urgentes cautelares, dada a sua natural função servil. De facto, estamos a falar de processos que desembocam na adopção de uma decisão judicial provisória, com vista a assegurar a efectividade da decisão de mérito a emitir em outro processo (**I. Primeira explicitação**).

¹ Doutora em Direito. Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Sobre o tema, vd. o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra, 2009, esp. pp. 209 ss.

Contudo, se esta relação entre tutela de urgência, processos cautelares e técnicas de *acessoriedade* e provisoriedade se encaixa bem num contencioso de tipo clássico, fácil é perceber que a tutela das pretensões jurídicas também pode ser assegurada com urgência sem que para o efeito se concretizem no processo as técnicas de *acessoriedade-instrumentalidade* e de provisoriedade. E, precisamente a este propósito, importa dizer que a esta conclusão também chegou o legislador em 2002/2003, quando veio afastar essas técnicas de alguns dos processos urgentes, o que fez em relação aos processos contemplados no título IV do CPTA, e quando, à luz do acolhido no artigo 121.^a e 132.^o, n.º 7, veio permitir ao juiz dispensá-las. Portanto, as técnicas da *acessoriedade-instrumentalidade* e da provisoriedade são concretizadas em obrigatoriamente em processos cautelares e são adequadas para caracterizar a categoria da tutela de urgência. Contudo, também podem ser dispensadas desses processos, uma vez que a categoria da urgência se pode concretizar através de outras técnicas. Aliás, a concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe também a previsão da técnica da antecipação em processos simplificados e estruturalmente adequados para as *situações-de-urgência*. E, no que concerne aos processos urgentes cautelares, a técnica da antecipação revela-se sobretudo numa perspectiva qualitativa e funcional. Já em outros tipos de processos urgentes autónomos a antecipação manifesta-se fundamentalmente como quantitativa, oferecendo abreviação e aceleração na composição da questão litigiosa existente entre as partes. De um modo ou de outro, cumpre dizer que esta técnica desempenha um papel determinante na realização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, uma vez que, mercê dos seus efeitos, a decisão antecipatória assegura, ainda que de diferentes modos, a protecção judicial das *pretensões-de-urgência*, antes do tempo processual devido. Assim, no processo urgente acessório, a antecipação diz-se qualitativa (ou funcional) porque ela apenas deve permitir a emissão de uma *decisão-judicial-de-urgência-antecipatória-provisória*. É neste contexto que se percebe que a técnica da antecipação qualitativa ou funcional seja condicionada, não permitindo alcançar aos *sujeitos-no-processo-acessório* senão uma realização provisória de *pretensões-jurídicas-substantivas* que se fazem valer no processo principal **(II. Segunda explicitação)**.

A categoria da tutela de urgência afirma-se definitivamente como autónoma a partir do perfil estrutural e a partir do momento em que se verifica que a técnica da sumariedade é concretizada em todos os processos urgentes autónomos e cautelares, sendo, aliás, absolutamente idêntica a concretização da sumariedade procedimental. Na verdade, previstos como processos sumários, tanto os processos urgentes autónomos como os

processos urgentes cautelares têm consagrados instrumentos de sumarização processual. E, igualmente, cumpre considerar que em cada um dos Títulos IV e V se concretizam exceções e desvios (incluindo sérias atenuações) ao regime jurídico ordinário que rege o procedimento de instrução e produção de prova. De qualquer modo, não se duvida de que o juízo sumário produzido no contexto dos processos urgentes cautelares resulta da impossibilidade de neles o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* realizar um exame de conclusão completo. De resto, a presença obrigatória da sumariedade nos processos urgentes autónomos e nos processos urgentes cautelares demonstra que esta é a principal característica da categoria da tutela de urgência do contencioso administrativo tardo-moderno **(III. Terceira explicitação)**.

I. Primeira explicitação

Do ponto de vista formal, a categoria da tutela de urgência está assegurada distintamente no contencioso administrativo, uma vez que a lei processual administrativa veio contemplar dois modelos de tramitação: um de tramitação ordinária, que se aplica aos processos declaratórios e executórios ditos ordinários ou comuns, e um outro, o modelo de tramitação urgente, que se aplica a um conjunto de processos especiais contemplados nos Títulos IV e V do CPTA, sendo certo que a lei processual administrativa determina o âmbito deste modelo de tramitação urgente. Fá-lo, na realidade, na secção II (das formas de processo) do capítulo V, da parte geral do Título I da lei processual administrativa. E, por conseguinte, nos termos do artigo 36.º do CPTA, determina a lei que devem seguir a forma urgente impugnatória os processos relativos ao contencioso eleitoral e ao contencioso pré-contratual, sendo certo que também tramitam de acordo com a forma urgente, os processos relativos à intimação para prestação de informações, consulta de documentos ou passagem de certidões e os processos relativos à intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. E, finalmente, tem andamento urgente o processo cautelar **(1.)**.

Apurado que a lei processual administrativa configura a existência de um modelo de tramitação urgente e apurado também que, neste contexto das formas de tramitação, o contencioso administrativo se revela bidimensional, cumpre agora perceber que, por imperativo do princípio da tipicidade das formas processuais, as *pretensões-urgentes* devem ser formuladas nos processos que seguem um modelo de tramitação urgente, sendo certo que cada tipo de *pretensão-urgente* tipificada nos Títulos IV e V do CPTA deve obrigatoriamente constituir o objecto do respectivo processo e este deve tramitar segundo a forma urgente. A tramitação urgente revela-se assim como imperativa por ser especial e por causa da

situação-de-urgência em que se encontra a situação jurídica que é carente de tutela judicial e os processos urgentes mostram-se, pois, com exclusividade, sendo certo que só servem para realizar as respectivas pretensões e estas não podem ser satisfeitas através de outro processo **(2.)**.

1.

Em contas simples, seguindo muito de perto a sistematização escolhida pelo legislador, cumpre, pois, precisar que seguem o modelo de tramitação urgente duas acções urgentes impugnatórias **(1.1.)** e duas acções urgentes condenatórias **(1.2.)**. Finalmente, como veremos, segue o modelo de tramitação urgente o processo cautelar previsto no artigo 112.º e seguintes do CPTA **(1.3.)**.

1.1.

O processo eleitoral, previsto no artigo 97.º e seguintes do CPTA, segue o modelo de tramitação urgente exactamente porque o seu objecto integra uma modalidade típica de *pretensões-urgentes*, *id est*, pretensões que, concernentes a uma situação de carência de tutela judicial envolvida numa *situação-de-urgência-especificada*, dizem respeito ou a um procedimento eleitoral irregular, que acaba por viciar o acto final desse procedimento, ou a um tipo específico de invalidade de um acto pré-eleitoral (referente ao acto de exclusão ou omissão de eleitores ou elegíveis) ou ao acto eleitoral propriamente dito. E, assim, as *pretensões-urgentes* a realizar através deste processo dizem respeito tanto ao acto eleitoral propriamente dito (e respectiva homologação) como abrangem algumas questões autónomas do procedimento, nomeadamente as relativas à inscrição (exclusão ou pura omissão) nos cadernos eleitorais ou à recusa de admissão de listas a sufrágio. De facto, estando em causa a protecção efectiva dos direitos de eleger e ser eleito, podem lançar mão deste processo eleitoral quem na eleição em causa seja eleitor ou elegível, ou as pessoas em relação às quais, devendo existir inscrição nos cadernos e listas eleitorais, haja essa omissão. De qualquer modo, cumpre notar que a eleição a que se refere este processo especial que segue uma forma especial, são aquelas através das quais se designam os titulares de órgãos administrativos electivos (incluindo as eleições para órgãos burocráticos, por exemplo, no âmbito das escolas e de outros estabelecimentos e serviços públicos).

Em segundo lugar, segue a tramitação urgente impugnatória a situação de urgência relacionada com o procedimento de formação de quatro tipos de contratos públicos, quais sejam o contrato de empreitada e concessão de obras públicas, o contrato de prestação de serviços e o de fornecimento de bens. Devendo o procedimento pré-contratual obedecer aos princípios da legalidade, da livre concorrência, de igualdade e de imparcialidade, a

situação de carência que justifica o seguimento do modelo de tramitação urgente neste processo pressupõe, pois, a iminência de celebração do contrato sem que tais princípios e outras normas tenham sido respeitados e pressupõe a necessária correcção atempada das ilegalidades verificadas durante a formação dos contratos em causa. Na realidade, por imposição comunitária, o processo impugnatório previsto no artigo 100.º CPTA segue o modelo de tramitação urgente, sendo que o seu objecto corresponde a dois tipos de *pretensões-(impugnatórias)-urgentes* relativas à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens: a impugnação de actos administrativos praticados durante a fase de formação de qualquer um desses contratos, e a impugnação de *documentos normativos* conformadores do procedimento de formação desses contratos com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras, incluindo, o programa e o caderno de encargos (nos termos do artigo 100.º, n.º 1 e n.º 2 do CPTA)³.

Cumprir notar também que, não obstante ser designado como processo impugnatório, o objecto deste processo especial pode, na verdade, integrar outras pretensões e, assim, através dele pode o juiz declarar a invalidade de um destes contratos, se entretanto o mesmo vier a ser celebrado na pendência do processo, e pode fixar o valor da indemnização a atribuir ao autor do processo, se entretanto se tiver consolidado uma situação de impossibilidade absoluta, que impeça o autor de obter a restauração *in natura* da sua pretensão jurídica (nos termos do art. 102, n.º 4 e art. 63.º e n.º 5)⁴.

1.2.

O modelo de tramitação urgente estende-se também a um conjunto de dois processos previstos no Título IV do CPTA, que o legislador designa de «intimações». Eles são a intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, contemplada no art. 104.º e seguintes da lei processual, e a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que é acolhida no artigo 109.º e seguintes do CPTA. O primeiro processo urgente de intimação tem como objecto uma pretensão cuja

³ A este propósito, vd. PEDRO GONÇALVES, «Contencioso administrativo pré-contratual», CJA, 44, 2004, pp. 3 ss.

⁴ E, neste contexto, cumpre reflectir sobre o verdadeiro sentido da expressão *pretensão-urgente*, para este efeito. E daqui decorrem duas questões, a saber: se não haverá outras *pretensões-urgentes* que devam ser incluídas no objecto deste processo urgente, não obstante o legislador o não ter mencionado expressamente, tal como o pedido de condenação na emissão de acto devido ou de condenação na substituição de acto impugnado, sem que daqui deva obrigatoriamente existir perda do carácter urgente do processo; se aquelas novas pretensões, previstas no artigo 102.º, n.º 4 e n.º 5, ainda podem ser classificadas como *pretensões-urgentes* e se, por isso, ainda faz sentido manter a tramitação urgente quando o seu objecto se amplia nesses casos. Sobre este assunto, vd. o nosso «O contencioso dos contratos da administração pública. Notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente», RMP, n.º 108, 2006, esp. pp. 183 ss.

situação de carência o legislador considera como urgente, dando, assim origem a um tipo de contencioso em que a urgência é qualificada por determinação legal⁵. Tal pretensão é relativa ao exercício do direito fundamental dos cidadãos à informação em posse das entidades administrativas (consagrado na Lei Fundamental no artigo 268.º, n.º 1 e n.º 2), nas modalidades de direito à informação procedimental (nos termos dos artigos 61.º a 64.º CPA) e extra-procedimental ou direito de acesso aos arquivos e registos administrativos (actualmente consagrada na LARDA, Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, sendo que esta lei veio revogar a Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, com a redacção introduzida pelas Leis n.ºs 8/95, de 29 de Março, e 94/99, de 16 de Julho, e transpor para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2003/98/CE, do Parlamento e do Conselho, de 17 de Novembro, relativa à reutilização de informação do sector público).

Se o contencioso que explicámos, há pouco, é exemplo de um tipo de contencioso urgente por determinação legal, já o contencioso que envolve o exercício de direitos, liberdades e garantias constitui um tipo de contencioso urgente por natureza, não obstante o legislador, cumprindo a imposição legiferante constante do artigo 20.º, n.º 5 da Lei Fundamental, ratificar tal carácter. O processo urgente de intimação para protecção de direitos fundamentais, previsto no art. 109.º e seguintes do CPTA, tem, de facto, por objecto pretensões jurídicas relativas à protecção urgente de direitos, liberdades e garantias perante entidades públicas e privadas, sendo certo que, não obstante a lei processual administrativa o não especificar, estes direitos não devem resumir-se aos de natureza estritamente pessoal, como decorreria do cumprimento pontual do comando constitucional, previsto no art. 20.º, n.º 5. Como teremos oportunidade de verificar, este processo de intimação está estruturalmente configurado como processo sumário e por isso beneficia de instrumentos de simplicidade e abreviação. E, porque tem tramitação urgente, este processo beneficia, de igual modo, de instrumentos de aceleração. De um modo e de outro, é adequado para assegurar o exercício de um direito, liberdade ou garantia dos particulares perante o ameaçador, pessoa colectiva pública, particulares ou concessionários, envolvidos em relações jurídicas administrativas. E, ainda, porque configurado com elementos de natureza excepcional, este processo (que não é de natureza estritamente declarativa) é apto para proporcionar uma antecipação da tutela declaratória e proporcionar uma antecipação de efeitos que normalmente só são configuráveis no próprio momento de execução da sentença.

⁵ No sentido de que há vantagem neste tipo de classificação, mormente tratando-se do contencioso tributário, vd. JOSÉ CASALTA NABAIS, «Justiça administrativa e justiça fiscal», *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 282 e 283.

Como se percebe, até a partir da leitura da Exposição de Motivos da respectiva proposta de Lei, o legislador pretendeu instituir um processo dotado «de grande elasticidade, que o juiz [portador de uma missão especial e dotado de poderes excepcionais] deverá dosear em função da intensidade da urgência», um processo que é disciplinado por regras que a cada momento se revelam como exceções perante a regra, pois, a situação de carência de tutela que através de si se protege é configurada como situação excepcional. É, de facto, um processo de tramitação urgente que está disciplinado por normas especiais e tem especificidades de vária ordem⁶.

1.3.

Finalmente, nos termos da lei processual administrativa, as restantes *pretensões-urgentes-atípicas* devem constituir o objecto do processo cautelar e este segue, de igual modo, o modelo de tramitação urgente, previsto, designadamente, no n.º 2 do artigo 36.º do CPTA. Aliás, é neste processo que se confirma que é a urgência, *rectius*, *periculum in mora* ou fundado receio de constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal, que determina as diversas dimensões ou as distintas configurações que os processos urgentes podem apresentar na lei processual. Como se verificou, é a *situação-de-urgência* em que se encontra a situação carente de tutela judicial que determina a inconstância e a instabilidade estrutural do processo que sobre ela versa. E é ela, a *situação-de-urgência*, que impõe a constante adaptação da estrutura e da tramitação do processo, sendo que o andamento mais acelerado ou mais lento decorre da intensidade da urgência invocada e da natureza dos direitos e interesses envolvidos nas situações. Ora, nos termos dos artigos 112.º e seguintes da lei processual administrativa, o processo cautelar apresenta-se *pluridimensional*, sendo que uma das variações do processo cautelar prima mesmo pela extrema aceleração, simplicidade e abreviação.

Assim, por um lado, a lei processual administrativa configura a existência de um processo cautelar comum, cujo regime consta dos artigos 112.º e seguintes do CPTA. E através deste processo cautelar comum é possível obter o decretamento de qualquer providência cautelar, conservatória ou antecipatória, que seja admitida no contencioso administrativo. Depois, por outro lado, a lei processual administrativa consagra a existência

⁶ Neste sentido, vd. M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Coimbra, 2007, p. 547. Sobre este assunto, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», RLJ, ano 134.º, 2001, n.º 3929, pp. 229 ss.; CARLA AMADO GOMES, «Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias», in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Telles*, Vol. V, 2003, pp. 541 ss., esp. pp. 563 ss.

de processos cautelares especiais, uma vez que prevê a existência de processos cautelares que desembocam na adoção de providências cautelares especificadas, sendo certo que tais processos estão igualmente sujeitos a disposições legais particulares. Na verdade, tanto a lei processual administrativa como a lei processual civil, *ex vi* do artigo 112.º, n.º 2 e artigo 1.º do CPTA, consagram a existência de regimes específicos para a adoção de certas providências cautelares especificadas, prevendo, pois, a existência de processos cautelares tipificados ou especiais, cuja disciplina é composta por normas que regem o processo cautelar comum, a que acrescem normas particulares. Por exemplo, o processo cautelar de suspensão da eficácia de um acto administrativo rege-se pelas disposições constantes do artigo 128.º e seguintes. O processo de suspensão da eficácia de uma norma administrativa tem a sua particular disciplina prevista no artigo 130.º do CPTA, sendo que nela se consagra tanto a possibilidade de um interessado requerer a suspensão da eficácia de uma disposição normativa com efeitos circunscritos ao caso concreto, nos termos do n.º 1 do artigo 130.º, como a possibilidade de obter a suspensão da eficácia da norma com alcance geral, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito. As providências relativas a procedimentos de formação de contratos devem seguir os trâmites do artigo 132.º da lei processual administrativa. E a regulação provisória do pagamento de quantias rege-se pelo art. 133.º do CPTA. Finalmente, a produção antecipada de prova é realizada segundo os termos previstos no artigo 134.º do CPTA. Ora, daqui decorre, pois, a confirmação de que a lei processual administrativa consagra a existência de processos cautelares especiais e de um processo cautelar comum, sendo que todos eles devem seguir o modelo de tramitação urgente. E, *ex vi* do artigo 1.º e artigo 112.º, n.º 2 do CPTA, o decretamento das providências cautelares especificadas de natureza civil obedece igualmente às normas especiais constantes da secção II, do capítulo IV, do título I do livro III do CPC. Assim, por exemplo, o arrolamento seguirá as normas constantes dos artigos 421.º, especialmente do artigo 423.º CPC.

Na senda do que apontámos inicialmente, cumpre ainda reter que o processo cautelar comum, que desemboca na emissão de uma providência cautelar não especificada, apresenta três dimensões ou três configurações, a saber: uma configuração regra, a do *processo cautelar comum-regra*, cuja disciplina está disposta nos artigos 112.º e seguintes, especialmente nos artigos 114.º e seguintes, e duas configurações comuns especiais, uma que está prevista no artigo 131.º e é apta para desembocar no decretamento provisório de qualquer providência cautelar não especificada, e outra que está configurada no artigo 121.º e é apta para desembocar na antecipação do juízo de fundo de qualquer processo principal,

sendo que estas duas últimas variações podem combinar-se com todos os processos principais, com a excepção do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.

2.

Enfim, chegados aqui, apurada a exclusividade e a imperatividade dos demais processos urgentes, cumpre agora traçar o objecto do processo cautelar, uma vez que o objecto deste processo albergará as *pretensões urgentes não tipificadas a priori* na lei processual administrativa, sendo à partida todas aquelas que podem decorrer da demora de um processo principal e ameacem inutilizar a respectiva sentença final. E, neste sentido, devendo constituir o objecto do processo cautelar e tendo bem presente que este se destaca pelo seu carácter acessório e instrumental perante a efectividade de um outro processo, fácil é perceber em que termos a AUC se configura como acção imperativa e exclusiva.

Assim, nos termos da lei processual administrativa, todas as *pretensões-urgentes-atípicas* que não devam integrar o objecto dos processos urgentes consagrados nos no Título IV devem constituir o objecto do processo cautelar, sendo certo que, nos termos do artigo 36.º, n.º 1, e) do CPTA, este processo segue, de igual modo, o mesmo modelo de tramitação urgente, previsto, designadamente, no n.º 2 daquele preceito. Como já se apontou, é a *situação-de-urgência* em que se encontra a pretensão que é carente de tutela judicial que pré-determina e pré-condiciona as diversas dimensões ou as distintas configurações que os processos urgentes podem apresentar na lei processual administrativa.

3.

Cumprido, então, perceber, em primeiro lugar, que todas as configurações dos processos cautelares, que seguem sempre a forma de AUC, realizam *pretensões-urgentes-atípicas*. E a atipicidade da pretensão jurídica decorre do tipo não especificado da *situação-de-urgência* que, em concreto, é carente de tutela judicial. Lembremo-nos que qualquer providência cautelar visa assegurar o efeito útil de uma sentença principal. E, por isso, a situação de urgência só pode configurar-se em concreto e numa situação individual, depois de apurado o tipo de risco e a natureza do dano que decorre da demora do processo principal e que ameaça a plena efectividade da sentença a proferir nesse processo principal. Como se sabe, e por força do artigo 268.º, n.º 4 da Lei Fundamental e artigos 2.º, n.º 1 e 112.º, n.º 1 da lei processual administrativa, no contencioso administrativo garante-se o decretamento de qualquer providência cautelar que seja adequada a assegurar a efectividade das pronúncias definitivas. E, por isso mesmo, hoje, os processos cautelares cobrem todas as *situações-de-urgência* não configuradas à partida pelo legislador, isto é, todas as *situações-de-*

urgência-não-especificadas ou *situações-de-urgência* que o legislador não identificou e escolheu para tutelar prioritariamente.

O objecto do processo cautelar comum abrange qualquer tipo de *pretensão-urgente* que seja relativa à demora de um processo principal (tendo em conta o dano que a mesma é susceptível de causar aos direitos e interesses que se fazem valer em outro processo) e se configure como ameaçadora da plena efectividade do resultado final desse outro processo principal. E, assim, a *situação-de-urgência-atípica*, que justifica a tramitação urgente da AUC, corresponde ao «fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal». Com efeito, ainda que a gravidade do *periculum in mora* seja diversa conforme esteja em causa a susceptibilidade de produção de uma situação de facto consumado ou a produção de prejuízos de difícil reparação, não se duvida que tal conceito deva aproximar-se mais da irreparabilidade e menos da irreversibilidade, sendo certo também que o conceito de irreparabilidade não deve ser associado a impossibilidade (e muito menos a dificuldade de cálculo) de indemnização pecuniária do dano. Também neste aspecto, o conceito do direito ao processo efectivo (no sentido de que o processo deve tendencialmente proporcionar aos sujeitos tudo aquilo que o direito material lhes garante, como apontava CHIOVENDA) deve servir de orientação na apreciação do conceito de prejuízo de impossível reparação, uma vez que o conceito de produção de facto consumado é, por si só e objectivamente, a negação da efectividade da tutela judicial.

Decorre do princípio do *numerus apertus*, consagrado actualmente no artigo 112.º, n.º 1 CPTA, a abertura do modelo de tutela jurisdicional de urgência, em termos que a AUC visa obviar a todo o tipo de *periculum in mora* que seja susceptível de ameaçar a plena utilidade da sentença definitiva. E, como se sabe, o *periculum in mora* pode traduzir-se em dois tipos de prejuízos, o de *infrutuosidade* e o de retardamento das sentenças a proferir nos processos principais. E é em função destes dois tipos de prejuízos que são configuradas as *pretensões-urgentes* que constituirão o objecto do processo cautelar, sendo que tais *pretensões-urgentes* podem, em certos casos, identificar-se com as pretensões que integrarão os objectos dos processos principais, podendo, aliás, existir uma coincidência de pretensões. Em todo o caso, a diferença entre elas residirá sempre no carácter urgente daquelas e na susceptibilidade de satisfação provisória que apresentam, em detrimento das segundas. Em todo o caso, as *pretensões-urgentes* realizam-se com o decretamento de uma providência natureza conservatória ou com a adopção de uma providência de estrutura antecipatória,

sendo que, num caso e noutro, a realização da *pretensão-urgente* através do processo cautelar se realiza através da emissão de *decisões-judiciais-de-urgência-provisórias*.

Claro está que as *pretensões-urgentes* que são o objecto dos processos cautelares especiais apresentam alguns traços específicos, uma vez que tais *pretensões-de-urgência* são contextualizadas pelo legislador. Na verdade, como a lei processual administrativa consagra a existência de regimes específicos para a adopção de certas providências cautelares especificadas, prevendo, pois, a existência de processos cautelares tipificados ou especiais, cuja disciplina é composta por normas que regem o processo cautelar comum e por normas particulares, estes processos só incluem no seu objecto *pretensões-urgentes* pré-configuradas. Por exemplo, o processo cautelar de suspensão da eficácia de um acto administrativo, que se rege pelas disposições constantes do artigo 128.º e seguintes do CPTA, inclui fundamentalmente as *pretensões-urgentes* relativas a um especial tipo de *periculum in mora*, que é aquele prejuízo que resulta agravado pela imediata execução do acto administrativo impugnado, juntando-se assim ao prejuízo atípico que decorre da própria demora do processo que segue a forma de AAE. Neste contexto, visa assegurar-se que enquanto decorre o processo principal não acontece uma alteração do *statu quo ante*, propondo-se, assim, a providência evitar ou impedir que a Administração execute ou dê continuidade à execução de acto administrativo, fundamentalmente de efeitos positivos, cuja legalidade está a ser apreciada (ou vai ser apreciada) no âmbito de uma AAE. O mesmo acontecendo com as pretensões que integram o objecto do processo de suspensão da eficácia de norma administrativa, previsto no artigo 130.º CPTA.

Por exemplo, no domínio do contencioso pré-contratual, é possível decretar as providências que se mostrem adequadas a minimizar os prejuízos de *infrutuosidade* e de *retardamento* da sentença, por via do princípio do *numerus apertus*, também consagrado no art. 132.º, n.º 1 CPTA. E, assim, o requerente tanto pode solicitar a suspensão da eficácia de um acto administrativo referente ao procedimento de formação do contrato como solicitar a suspensão total do procedimento. E tanto pode solicitar a admissão provisória num concurso como pode solicitar a regulação provisória de uma situação jurídica, como seja o decretamento provisório de uma providência, *maxime*, o diferimento da assinatura do contrato por um período de tempo determinado ou até que seja proferida a decisão no processo cautelar, à semelhança daquilo que hoje se permite através do *référé-précontractuel* e sobretudo tendo em conta as orientações constantes da Directiva 2007/66/CE, de 11 de Dezembro⁷.

⁷ Cumpre, pois, sublinhar, que as providências cautelares desempenham um papel significativo no contencioso da formação dos contratos da Administração, já que são elas que garantem a tutela jurisdicional

A regulação provisória do pagamento de quantias, cujo processo se rege pelo art. 133.º, visa sobretudo obstar ao *periculum* de retardamento do processo que decidirá sobre o dever de a Administração realizar prestações pecuniárias a favor do seu credor. E, neste contexto, a *pretensão-urgente* a satisfazer nesta modalidade especial do processo cautelar coincide parcialmente com a pretensão que se faz valer naquele processo principal. É certo que a pretensão cautelar pressupõe a existência de uma «situação de grave carência económica», cujo «prolongamento pode acarretar consequências graves e dificilmente reparáveis» e pressupõe que seja provável que a pretensão a realizar no processo principal venha a ser julgada procedente. Assim, cumpre notar que se identifica em parte com a *pretensão-jurídica* a realizar no processo principal. Basta pensar que a título de antecipação, as quantias a receber (ou as prestações a realizar) podem ser no montante igual ao da quantia devida (ou da prestação em falta), só não podendo exceder as que resultariam do reconhecimento dos direitos invocados pelo requerente, sendo que, em todo o caso, o respectivo processamento se considera feito por conta das prestações alegadamente devidas, nos termos do artigo 133.º, n.º 2 CPTA.

E a produção antecipada de prova, que é realizada segundo os termos previstos no artigo 134.º CPTA, visa obstar a um específico *periculum in mora*. Pressupõe-se, nestes casos, que há uma pretensão de urgência na produção de certa modalidade de prova, por não ser possível aguardar pelo momento legalmente determinado para a produzir. Este processo especial visa precisamente obviar ao risco da espera pelo momento certo para proceder à produção de certo meio de prova, que provavelmente não pode vir a ser (ou muito dificilmente pode vir a ser) produzido posteriormente, naquele que seria o momento processualmente certo. O *periculum in mora*, que deve ser justificado sumariamente,

efectiva de interesses públicos e privados envolvidos, *maxime*, a posição dos interessados em contratar com a Administração que tenham sido lesados. Estas providências cautelares relativas a procedimentos de formação de todos os contratos sujeitos à jurisdição administrativa, que são adoptadas segundo um procedimento cautelar específico, podem traduzir-se em qualquer providência que demonstre ser adequada a tutelar provisoriamente a posição do interessado e a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em presença. Entre as providências sugeridas pelo legislador para este domínio, constam duas agressivas: uma de ingerência significativa no mérito da acção principal, a de correcção antecipada de ilegalidades procedimentais, e outra de ingerência agressiva na esfera jurídica da entidade adjudicante e nos interesses por si defendidos, a de suspensão do procedimento de contrato. No que se refere aos seus pressupostos de decretamento, a concessão da providência depende do juízo de probabilidade do tribunal quanto a saber se, ponderados os interesses susceptíveis de serem lesados, os danos que resultariam da adopção da providência são superiores aos prejuízos que podem resultar da sua adopção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adopção de outras providências (art. 132.º, n.º 6). Ainda assim, nos termos do artigo 120.º, n.º 1, alínea a), quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, designadamente por estar em causa a impugnação de acto manifestamente ilegal, de acto de aplicação de norma anteriormente anulada ou de acto idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente, a procedência da providência requerida não obedece ao requisito de ponderação estabelecido no n.º 6 do art. 132.º CPTA. Sobre este tema, vd. o nosso «A Directiva (recursos) n.º 2007/66/CE: o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual — What else?», Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto», ano V, 2008, pp. 49 ss.

corresponde ao «justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de prova pericial ou por inspecção».

Ora, daqui decorre, pois, a confirmação de que a lei processual administrativa consagra a existência de processos cautelares especiais e de um processo cautelar comum, sendo que todos encerram *pretensões-urgentes-atípicas*, *id est*, aquelas que, em qualquer caso, se configurem em função do *periculum in mora*, no caso concreto configurável, sendo certo também que as *pretensões-urgentes-atípicas* vão sendo reconduzidas para os processos cautelares. Assim, para o processo cautelar comum sumaríssimo, previsto no artigo 131.º, são direccionadas as *pretensões-especialmente-urgentes-atípicas*. Para o processo sumário previsto no artigo 121.º são direccionadas apenas algumas pretensões urgentes: precisamente, aquelas cuja tutela judicial não se compadece com uma apreciação provisória do direito e com a emissão de uma *decisão-de-urgência-provisória*. Para o *processo cautelar comum-regra* são dirigidas todas as outras *pretensões-urgentes-atípicas*.

II. Segunda explicitação

A concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo impõe a previsão de processos simplificados e estruturalmente adequados para as situações de urgência. Se tradicionalmente os processos cautelares garantiam a efectividade da tutela judicial e respondiam a toda a demanda de tutela urgente, hoje a realização da tutela judicial das *pretensões-de-urgência* acontece através da consagração de processos especiais, de estrutura simplificada e de tramitação urgente, sendo que tais processos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. A técnica da acessoriedade-instrumentalidade e a técnica da provisoriedade são ainda as técnicas comumente empregues nos sistemas europeus para tutelar a urgência, dando origem aos processos urgentes cautelares, de acordo com a terminologia latina, ou processos acessórios que desembocam na emissão de *decisões-judiciais-de-urgência-provisórias*.

É neste quadro que nos propomos revisitar o conceito de instrumentalidade, tanto mais que os actuais processos cautelares, sendo instrumentos de concretização do direito ao processo efectivo e temporalmente justo, realizam de forma autónoma, cada vez mais, a tutela jurisdicional efectiva do direito material ou do direito substantivo, assegurando a satisfação de pretensões jurídicas substantivas. Com efeito, se tradicionalmente os processos urgentes cautelares são designados como processos duplamente instrumentais ou como processos que se caracterizam pela sua instrumentalidade ao quadrado, a verdade é

que tais processos urgentes nem sempre assim podem ser caracterizados. De facto, só os que desembocam em certo tipo de decisões meramente conservatórias se podem assumir como duplamente instrumentais perante o direito material ou perante a pretensão jurídica substantiva, já que tramitando de forma dependente e tendo como função primordial assegurar a efectividade de um processo ordinário, eles visam assegurar sobretudo a utilidade da sentença principal, sendo que neles, muitas vezes, o direito material não chega sequer a ser analisado, nem chega sequer a ser aplicado provisoriamente. E é por isso que a instrumentalidade do processo cautelar existe perante outro processo e não perante o direito material. Contudo, se assim é no que concerne a certas providências conservatórias, já o mesmo não pode dizer-se no que respeita ao processo urgente cautelar que desemboca na emissão de uma *decisão-de-urgência-antecipatória-provisória*, uma vez que esta realiza provisoriamente a tutela judicial das pretensões jurídicas substantivas, garantindo assim a protecção judicial provisória do direito material ameaçado de lesão. Neste contexto, cumpre, pois, reconhecer que a função aqui desempenhada pelo processo urgente cautelar é idêntica à desempenhada pelos processos urgentes autónomos. A diferença reside tão-somente na técnica concretizada na estrutura do processo. De facto, a diferença existente entre certos processos cautelares e outros processos urgentes não é de função mas de técnica. Os processos urgentes autónomos não estão condicionados pela acessoriedade-instrumentalidade e é por isso que desembocam em decisões de fundo. Já os processos urgentes cautelares, concretizando a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade*, permitem, pois, realizar a tutela judicial efectiva de todas as *pretensões-de-urgência-atípicas*, por referência a uma situação litigiosa principal, sendo que a tutela judicial do direito material é apenas realizada provisoriamente.

Neste sentido, importa perceber que o modelo dos processos urgentes previsto nos títulos IV e V do CPTA integra processos que visam realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo e para o efeito concretizam esta técnica. Aliás, os processos urgentes cautelares previstos no título V do CPTA concretizam a *acessoriedade-instrumentalidade*, sendo que o laço de dependência estrutural que liga o processo acessório ao principal pode ser mais forte ou mais ténue, dependendo da opção de política legislativa. Entre nós, o laço existente entre o processo acessório e o processo principal é muito mais forte do que aquele que liga, por exemplo, o processo de *référé* ou o *Eilverfahren* (relativo à emissão da *einstweilige Rechtsschutz*) aos respectivos processos principais. E esta característica do processo está marcada no artigo 112.º, n.º 1, no artigo 113.º e no artigo 114.º CPTA. De qualquer modo, esta instrumentalidade (ou «instrumentalidade ao quadro»), que combina

com a *acessoriedade-instrumentalidade* que caracteriza estruturalmente o processo cautelar, não caracteriza os processos urgentes abrangidos pelo título IV do CPTA **(1.)**.

Enfim, avançando um pouco mais na caracterização da função dos processos urgentes, cumpre também dizer que tais processos urgentes cautelares previstos no título V do CPTA concretizam por regra a técnica da provisoriedade qualitativa. E tal característica da interinidade da *decisão-de-urgência* está em sintonia com a sua função. Assim, a decisão judicial que é proferida em processos que concretizam a *acessoriedade-instrumentalidade* tem um conteúdo preciso e produz efeitos apenas num período de tempo determinado. Assim, a *decisão-de-urgência* em causa não é apenas provisória porque realiza a tutela da pretensão jurídica de certo modo — deixando aberta a questão litigiosa existente entre as partes. Ela é também provisória porque é temporária e incapaz de adquirir autoridade de caso julgado. Tal característica da decisão proferida em processos urgentes acessórios está marcada designadamente no artigo 122.º, no artigo 123.º e no artigo 124.º CPTA. Cumpre, no entanto, verificar que tais técnicas de *acessoriedade-instrumentalidade* e de provisoriedade qualitativa não são consagradas em duas modalidades do processo urgente cautelar. Com efeito, por decisão do legislador, a *acessoriedade-instrumentalidade* e a provisoriedade não são consideradas técnicas adequadas para realizar as *pretensões-de-urgência* visadas nas modalidades dos processos urgentes previstas no artigo 121.º e artigo 132.º, n.º 7 do CPTA **(2.)**.

Finalmente, importa trazer à colação a técnica da antecipação da tutela judicial. Ela é normalmente empregue para tutelar a urgência, sendo que ela é concretizada tanto em processos urgentes cautelares como em outro tipo de processos. Na verdade, nos processos urgentes cautelares a técnica da antecipação revela-se sobretudo numa perspectiva qualitativa ou funcional, uma vez que, concretizando-se em simultâneo com a concretização das técnicas da *acessoriedade-instrumentalidade* e da provisoriedade, visa assegurar a efectividade do processo principal **(3.)**.

1.

É comum dizer-se que os processos cautelares visam assegurar a tutela jurisdicional efectiva do direito material a realizar num outro processo principal, caracterizando-se, assim, pela sua instrumentalidade perante este⁸. Ora, num primeiro momento, cumpre dizer

⁸ Sobre este tema, em geral, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «Tutela cautelar», CJA, 34, 2002, pp. 45 ss.; CARLA AMADO GOMES, «O regresso de Ulisses: um olhar sobre a reformada justiça cautelar administrativa», CJA, 39, 2003. pp. 3 ss.; TIAGO AMORIM, «Apontamentos sobre as condições de procedência das providências cautelares no novo processo administrativo», ROA, (ano 63) 2003, pp. 415 ss.; MARIA FERNANDA MAÇÃS, «As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in: *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 209 ss.; D. FREITAS DO AMARAL, «As providências cautelares no novo contencioso administrativo», CJA, 43, 2004, pp. 4 ss.; PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, «As realidades da nova tutela cautelar administrativa», CJA, 55, 2006, pp. 3 ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar no contencioso administrativo. Em especial, nos procedimentos de*

a este propósito que, quando falamos de instrumentalidade, queremos dizer duas coisas, a saber: *primo*: que a expressão é aqui empregue para dizer que a tutela judicial que se proporciona através do processo urgente acessório visa garantir a efectividade da decisão judicial que vier a ser proferida num outro processo principal **(1.1.)**. E, *secundo*, que a expressão *acessoriedade-instrumentalidade* decorre da dependência estrutural do processo perante outro processo **(1.2.)**. Só esta última dimensão do conceito de instrumentalidade faz sentido a propósito das providências antecipatórias **(1.3.)**.

1.1.

Enfim, em primeiro lugar, a afirmação da instrumentalidade do processo cautelar surge tendo por pano de fundo a ideia de que todos os processos são instrumentais perante o direito material. E, neste sentido, o processo cautelar é caracterizado como duplamente instrumental. Aliás, remonta à escola italiana a corrente doutrinal que aponta a instrumentalidade como a principal característica do processo cautelar. É neste cenário que o processo urgente cautelar é tido como duplamente instrumental, dizendo-se que padece de instrumentalidade ao quadrado perante o direito material, uma vez que se revela sobretudo instrumental perante outro processo e só depois é instrumental, já num segundo grau, perante o direito material, sendo que a sua função é precisamente assegurar a plena utilidade da sentença que vier a ser emitida nesse processo e não realizar imediatamente a tutela judicial do direito material. Aliás, em relação a este aspecto não pode esquecer-se que esta posição da escola italiana assenta nos ensinamentos da escola germânica e na ideia de que os processos cautelares não são senão meros instrumentos ao serviço do processo de execução. De resto, o processo cautelar começou por ser somente o processo de arresto e começou por ser um mecanismo de garantia do património do devedor, com vista à execução forçada da sentença. E mesmo na actualidade, esta função garantística da execução-efectividade da sentença está ainda presente. A sistematização da ZPO ainda revela esta atitude, ao integrar os processos relativos à *einstweilige Rechtsschutz* no Livro VIII da ZPO. Em suma, revelando-se em muitos momentos como incapaz de realizar o direito material, o processo urgente cautelar surge como eminentemente instrumental perante outro processo e é por isso mesmo que, tramitando sem autonomia, é acessório e depende do principal em muitos aspectos, sendo que a relação de dependência pode variar de intensidade.

1.2.

formação dos contratos, Coimbra, 2005, pp. 331 ss.; MIGUEL PRATA ROQUE, *Reflexões sobre a reforma da tutela cautelar administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 31 ss.

A *instrumentalidade ao quadrado dos processos urgentes cautelares* está presente na cláusula aberta do art. 112.º, n.º 1 do CPTA *ex vi* do art. 2.º, n.º 1 do CPTA, sendo que ela traduz a função servil das providências nele decretadas para assegurar a efectividade do processo principal — e assim acontece fundamentalmente no que concerne às providências conservatórias. E a *instrumentalidade* funcional do processo urgente cautelar reflecte-se fundamentalmente na acessoriedade estrutural do processo, já que há um «cordão umbilical» que ata as duas vias processuais. De facto, a relação de *acessoriedade-instrumentalidade* está bem concretizada nas próprias disposições que regem a estrutura e a tramitação do processo urgente cautelar, uma vez que tais preceitos revelam que há um *nexo* ou um *vínculo* que liga as duas vias processuais, ainda que deixe espaços de relativa e necessária autonomia. O processo urgente cautelar é *braço avançado* do processo principal e, por isso, o CPTA prevê uma relação de relativa autonomia e de relativa dependência do processo urgente cautelar perante o processo principal.

Reforçando a mesma ideia, cumpre sublinhar que essa relação de relativa autonomia e dependência do processo cautelar perante o processo principal revela-se no regime da legitimidade das partes, no critério que determina a competência do tribunal, na vigência da decisão e na duração dos efeitos das providências, bem como na origem da extinção dos efeitos das mesmas, no momento em que o processo cautelar deve ser instaurado e no modo como tramita. Assim, o processo cautelar tem tramitação autónoma, mas é apensado ao processo principal (113.º, n.º 2 e n.º 3); a legitimidade da parte no processo cautelar afere-se pela legitimidade da parte no processo principal (art. 112.º, n.º 1 e art. 113.º, n.º 1); o tribunal competente para decidir a causa cautelar é o tribunal competente para julgar o processo principal (art. 20.º, n.º 6 e art. 114.º, n.º 2); um conjunto de causas de caducidade da providência dizem respeito às vicissitudes do processo principal (art. 122.º, n.º 2 e n.º 3 e art. 123.º); o processo cautelar pode ser instaurado tanto previamente como juntamente com o processo principal, sendo que podem requerer-se providências cautelares durante a pendência do próprio processo principal, quer em sede de recurso jurisdicional quer em sede de execução (art. 113.º, n.º 1 e 114.º, n.º 1, a), b) e c). Ou seja, quanto à regra temporal, ela é simples: a providência pode ser pedida quando se precisa dela e quanto à regra da necessidade do processo cautelar ela é também simples, a saber: o processo urgente cautelar deve ser accionado quando, perante certa *pretensão-de-urgência-atípica ou periculum in mora*, a efectividade de um processo principal esteja (fundadamente) ameaçada de perda.

1.3.

Regressando à questão da instrumentalidade do processo cautelar, importa atentar neste conceito, mormente quando pretendemos explicá-lo no quadro das providências antecipatórias. E assim é porque o processo urgente cautelar também realiza a pretensão jurídica substantiva, ou seja também tem como finalidade realizar o direito material, sendo que nestes casos a tal dupla instrumentalidade que normalmente se invoca como típica do processo cautelar é bem menor, é muito ténue, chegando a desaparecer em certos momentos, pois a decisão cautelar que será proferida nesse processo vai incidir verdadeiramente sobre a situação material controvertida.

Com efeito, um pouco à semelhança do modelo cautelar alemão (previsto sobretudo nos art. 19. 4 da GG e §§ 80. e 123. VwGO, onde se prevê a adopção da *Sicherungsanordnung* (que visa «manter o status quo») e da *Regelungsanordnung* (que visa «ampliar o status quo»)]⁹, a actual disciplina processual administrativa permite a decretação de providências cautelares com natureza conservatória e as providências cautelares com natureza antecipatória. E estas cumprem no contencioso administrativo duas funções diferentes: uma função asseguradora e uma função realizadora interina do direito — idênticas, respectivamente, à *Sicherungsfunktion* e à *interimistische Befriedungsfunktion*, vulgarmente atribuídas àquelas ordens provisórias¹⁰. É neste contexto que se percebe que a providência cautelar antecipatória, segundo a matriz latina, ou a *decisão-de-urgência-provisória-reguladora*, segundo a terminologia alemã, realiza uma tutela de urgência do direito material, sendo que tal realização é apenas provisória, manifestando-se, por exemplo, no processo urgente cautelar quando a pretensão jurídica acautelanda coincide na totalidade com a pretensão jurídica acautelada. Assim acontece designadamente no processo urgente cautelar através do qual se solicita a condenação da entidade administrativa *num facere* e tal conduta (por exemplo, a entrega de uma coisa ou o pagamento de uma quantia) corresponde à pretensão jurídica que é deduzida na causa principal, ou quando através do processo cautelar se obtém a providência antecipatória constitutiva de admissão, de autorização ou nomeação, sendo estes os efeitos a ver reconhecidos na acção principal. Nestes casos, sendo muito ténue a relação de instrumentalidade, é evidente que a concretização da técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* depende de uma opção de política legislativa. E esta conclusão decorre simplesmente quer da *praxis* nacional dos tribunais, quer do conhecimento que se tem sobre o modo como no panorama legislativo francês se

⁹ Neste sentido, F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht Kommentar*, 13. Auflage, München, 2003, p. 566.

¹⁰ Por todos, e para uma síntese, vd. F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I), JURA (10), 2001, pp. 671 ss., esp. 673, (Teil II), JURA (2), 2002, (Teil III), JURA (5), 2002; S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 7. Auflage, 2009, München, pp. 595 ss., esp. 620 ss.

esperienza o *référé-provision*, quer no contexto do processo civil, quer no quadro do contencioso administrativo, acontecendo o mesmo no panorama processual alemão.

Cumprindo, pois, perceber que uma coisa é a acessoriedade e a dependência estrutural do processo outra é a *instrumentalidade-funcional*, em termos que a acessoriedade pode ser prevista mesmo que a dupla instrumentalidade ou a tal instrumentalidade ao quadrado seja muito fraca. Em suma, três são as ideias a apurar, a saber: *primo*: o processo cautelar que desemboca na emissão de uma providência antecipatória é fundamentalmente instrumental perante o direito material, já que o realiza provisoriamente, e é instrumental perante o direito material como são de resto todas decisões de urgência proferidas nos processos urgentes autônomos. *Secundo*: independentemente do maior ou menor grau de instrumentalidade do processo cautelar perante outro processo, a técnica da acessoriedade ou dependência estrutural do processo está consagrada na lei, não fazendo diferença o tipo de providência decretada e o tipo de *periculum in mora* invocado. *Tertio*, o legislador pode moldar a *acessoriedade-instrumentalidade*, dando maior ou menor independência ao processo acessório perante o principal. Por exemplo, o legislador pode dispensar as partes de acionarem o processo principal, ou pode sujeitar apenas uma das partes a tal encargo ou pode fazer depender do juiz a determinação do período de tempo de vigência da providência. Por exemplo, no contexto da ZPO, a parte onerada com tal encargo é a parte que sofre com o decretamento da providência, sendo que é ela quem tem de solicitar ao juiz que determine um prazo para que a parte que beneficia da providência desencadeie o processo principal. Portanto, a vigência da *decisão-de-urgência* proferida no processo acessório pode ser maior ou menor, podendo até adquirir estabilidade, dependendo de opção de técnica legislativa. Aliás, no ordenamento jurídico italiano, por exemplo, o legislador veio precisamente introduzir significativas alterações no que concerne às providências antecipatórias, permitindo que as mesmas ganhem estabilidade e autonomia processual se o processo principal não for proposto no prazo legal ou judicial determinado. Esta alteração introduzida recentemente no c.p.c. italiano, já há muito tempo sugerida por PROTO PISANI, é a confirmação da ideia de que as providências cautelares antecipatórias têm esta capacidade para realizar o direito¹¹.

Entre nós, estabelece-se fundamentalmente a regra da caducidade dos efeitos da providência em conexão com as vicissitudes do processo principal e as variações do direito substantivo. O legislador pode igualmente fazer depender o decretamento da providência provisória da prévia propositura da ação principal ou, pelo contrário, pode simplesmente

¹¹ Sobre este tema, vd. o prefácio de F. LAZZARO a G. IOFRIDA/A.SCARPA, *I nuovi procedimenti cautelari dopo la legge n.º 80 del 2005, il D.L. n.º 271 del 2005 e la Legge n.º 51 del 2006*, Milano, 2006, p. VI a VIII.

exigir que o processo principal seja accionado posteriormente, durante um período determinado, permitindo assim obter uma providência *ante causam*. Aliás, como veremos com mais cuidado, a relação de acessoriedade do processo cautelar perante o principal determina o *thema decidendum* do processo cautelar e condiciona o tipo de cognição a efectuar sobre esse *thema decidendum* do processo acessório, bem como restringe o julgamento da *quaestio facti* e da *quaestio iuris*.

Finalmente, não pode deixar de se reconhecer que a relação funcional do processo cautelar perante o processo principal varia de grau, sendo que, em certas situações, o processo urgente cautelar ganha autonomia funcional, assumindo-se como qualquer outro processo urgente, como realizador interino do direito material e das pretensões jurídicas substantivas. Ora, nestes casos, também o laço que prende o processo acessório ao processo principal varia de intensidade, podendo ser totalmente dispensado. Afinal, a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* pode revelar-se como aspecto não desejado, por condicionar o tipo de tutela que nele se decreta. Não é de estranhar, aliás, que um dos fenómenos do contencioso pós-moderno seja o da anulação do carácter acessório do processo cautelar perante o processo principal, sendo que tal anulação é imediatamente contemplada na lei processual como legítima, sendo noutros casos remetida para o *sujeito-jurisdicional-da-urgência*. Assim acontece entre nós, quer no processo civil, quer no processo administrativo.

2.

Associada à *acessoriedade-instrumentalidade* anda a provisoriedade. Cumpre dizer, aliás, que a provisoriedade tem especial significado no contexto da tutela de urgência, não obstante também poder ser concretizada noutro domínio de situações jurídicas carentes de tutela judicial e com vista a realizar outro tipo de valores. A provisoriedade chega a ser para um sector da doutrina, sobretudo francesa e alemã, a principal característica dos processos que são concebidos para tutelar a urgência. E, neste quadro, a provisoriedade diz-se qualitativa. Também entre nós, a decisão de urgência tem tal perfil quando é emitida no âmbito dos processos urgentes cautelares, revelando-se a decisão cautelar ser provisória quanto ao fim. Contudo, também aqui a provisoriedade da decisão do processo cautelar continua a ser entendida em vários sentidos, tal como decorre dos preceitos do CPTA.

Como se indicou nas considerações introdutórias, a técnica da provisoriedade está consagrada nos processos previstos no título V do CPTA. E assim, cumpre reconhecer que este conceito se nos apresenta em dois sentidos. O primeiro, que associamos ao verdadeiro sentido (ou sentido qualitativo) da provisoriedade, concerne ao conteúdo da decisão de

urgência proferida no âmbito do processo de urgência acessório e ele relaciona-se com a impossibilidade de, no processo cautelar, a questão jurídica a decidir na causa principal ser antecipadamente analisada e na impossibilidade de tal questão ser naquele processo acessório decidida de forma conclusiva. Uma vez que a decisão de urgência que é proferida no processo cautelar é fundamentalmente provisória quanto ao fim, o termo qualitativo decorre mais do perfil funcional da decisão provisória do que propriamente da natureza provisória dos efeitos a produzir **(2.1.)**. Aliás, o segundo, que associamos ao sentido quantitativo da provisoriedade, esse sim concerne à duração limitada dos efeitos da decisão cautelar no tempo e à sua incapacidade para produzir efeitos de caso julgado, quer no próprio processo cautelar, quer perante a causa principal¹² **(2.2.)**.

2.1.

Apelando ao sentido qualitativo da provisoriedade, cumpre dizer que tal característica é tradicionalmente associada aos processos urgentes que também concretizam a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade*. E, assim, falando de decisões que são proferidas no seio de processos urgentes cautelares, a provisoriedade decorre do conteúdo limitado dessas decisões e da impossibilidade de tais decisões decidirem de forma definitiva a pretensão jurídica que é objecto da lide principal. E, assim, não querendo descrever todo o processo evolutivo do estudo desenvolvido pela ciência do direito processual sobre esta questão, que passou, por exemplo, por considerar a decisão de urgência como *minus* e depois como um *aliud* perante a causa principal, cumpre agora tão-somente lembrar que a provisoriedade decorre do carácter instrumental do processo urgente cautelar perante a efectividade de outro processo, em termos que o conteúdo daquela decisão se encontra condicionado pela função do processo em que é emitida e pelo conteúdo da decisão principal a acautelar. E, assim, hoje tem-se por certo que a provisoriedade da decisão de urgência cautelar (ou de urgência em sentido restrito, tratando-se da decisão de *référé* ou da *einstweilige Rechtsschutz*) significa fundamentalmente três coisas, a saber: *primo*: que a apreciação da *quaestio iuris* da causa principal pode realizar-se no processo cautelar, sendo que tal apreciação, por referência ao direito material a aplicar na causa principal, deve ser sempre inconclusiva; *secundo*, que o julgamento da *quaestio iuris* pode acontecer na condição de o mesmo ficar em aberto, isto é, na condição de tal questão vir a ser definitivamente decidida pelo juiz da causa principal; e, *tertio*, que do julgamento antecipado não resulte a

¹² Neste sentido, como já fizemos referência, E. GARCÍA DE ENTERRÍA («Prólogo» a ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Introdução...* cit., esp. pp.12 e 13; tb. publ. in REDA, 115, 2002, pp. 393 ss.) considera a provisoriedade, avaliada pela incapacidade de formar caso julgado, (juntamente com a sumariedade) a principal característica distintiva da tutela cautelar.

emissão de uma *decisão-de-urgência* que crie um estado de direito e de facto impossível de reversão. De resto, reportando-nos sobretudo ao contexto da emissão de providências antecipatórias, a provisoriedade da apreciação e do julgamento da *quaestio iuris* exige sobretudo que o efeito de facto e de direito decorrente da *regulação ou composição provisória* seja passível de reversão pela *regulação ou composição* definitiva que vier a ser realizada pelo juiz da causa principal. Ora, esta característica da decisão proferida no processo urgente cautelar está prevista no art. 112.º, n.º 1, no artigo 120.º, n.º 1, alínea b) e c) e está consagrada fundamentalmente no artigo 121.º *a contrario* do CPTA.

2.2.

No que respeita à provisoriedade dos efeitos da decisão proferida no seio do processo urgente cautelar, cumpre dizer que esta característica da decisão está associada à incapacidade de a mesma adquirir efeitos de caso julgado. E, assim, a provisoriedade da decisão judicial manifesta-se na limitação temporal da sua eficácia e na temporalidade dos seus efeitos. Assim, limitada a sua eficácia no tempo, as providências cautelares são sempre interinas (art. 122.º, n.º 3), uma vez que só subsistem até caducarem, e são temporárias (art. 122.º, n.º 2), pois, podendo a sua eficácia ser sujeita a termo ou condição, as providências podem ser revogadas ou alteradas *rebus sic stantibus* pelo tribunal (oficiosamente) ou a pedido das partes ou do Ministério Público (quando tenha sido este o requerente), na especial situação em que se configure uma alteração de circunstâncias inicialmente existentes (art. 124.º). Ademais, prevê-se na nova lei a possibilidade de decretação provisória de uma medida cautelar (art. 131.º), em casos «de especial urgência» ou quando esteja em causa a tutela cautelar de direitos, liberdades e garantias. Esta providência cautelar interlocutória (duplamente interina ou duplamente provisória, que pode ser emitida no prazo de quarenta e oito horas e sem que o processo cautelar seja conclusivo), só subsistirá até ao dia em que for emitida uma nova decisão de levantamento, manutenção ou alteração da decisão cautelar anterior.

Como se referenciou a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* e a da provisoriedade são técnicas ao serviço da urgência. E tais técnicas estão fundamentalmente previstas nos processos consagrados no título V do CPTA. Contudo, o legislador veio consagrar na lei processual administrativa situações em que é possível dispensar a técnica de *acessoriedade-instrumentalidade* e a técnica da provisoriedade, cabendo ao juiz avaliar, em cada caso, se os pressupostos de que depende a anulação de tais caracteres se verificam. E resulta fielmente da leitura da lei processual administrativa que, nessas modalidades consagradas no título V

do CPTA, tais técnicas não são necessárias para tutelar a *situação-de-urgência* que no caso concreto é carente de tutela.

Nestas situações, o processo urgente cautelar transforma-se em processo de urgência autónomo. Com efeito, quer na modalidade do processo urgente consagrada no artigo 121.º quer na modalidade consagrada no artigo 132.º, n.º 7 do CPTA, acontece tanto a anulação do nexo de *acessoriedade-instrumentalidade* como a anulação do sentido qualitativo de provisoriedade. Consequentemente, estando ambas as modalidades consagradas como processos urgentes cautelares, tanto uma como outra se transformam em processos urgentes autónomos, por um lado. E, por outro, pese embora deverem ambas as modalidades desembocar, à partida, em decisões provisórias sobre a *quaestio iuris*, ambas as modalidades permitem, na verdade, a obtenção da resolução definitiva da *quaestio iuris* da causa principal. Nestes casos, ambos os processos urgentes cautelares se transformam em processos urgentes autónomos, integrando ambos a mesma estirpe de tutela¹³.

3.

Do ponto de vista dogmático, a técnica da antecipação está trabalhada no contexto dos estudos que versam sobre a tutela de urgência cautelar. Esta técnica surge moldada numa perspectiva funcional e em conexão com a técnica da provisoriedade, em termos que a antecipação cautelar só é legítima se desembocar numa *decisão-de-urgência-provisória*. E mais. No contencioso administrativo, a validade da antecipação cautelar é também aferida a partir de um conceito de identidade de conteúdo entre a decisão antecipatória e a decisão judicial antecipada, em termos que aquele é resultado imediato dos poderes de pronúncia do *sujeito-jurisdicional-de-urgência*, e a antecipação legítima pressupõe que este poderes não possam ser mais amplos dos que aqueles de que é titular o *sujeito-jurisdicional*. E esta questão coloca-se com acuidade no contexto dos poderes de pronúncia dos tribunais administrativos perante o exercício de poderes discricionários do *sujeito-administrativo*. Numa primeira nota, é premente acentuar que, por regra, os processos cautelares previstos no título V do CPTA

¹³ Assim, no contexto do contencioso pré-contratual, e nos termos do art. 132.º, n.º 7, pressupondo que na causa principal, a questão jurídica a tratar concerne à validade das disposições normativas constantes dos documentos do concurso por os mesmos conterem especificações técnicas, económicas ou financeiras ilegais, o legislador permite que se dispense tanto a técnica da *acessoriedade-instrumentalidade* como a da provisoriedade de tal processo, uma vez que se permite que, no âmbito do processo cautelar referente à adopção de providências relativas a procedimentos de formação de contratos, quando tenha sido requerida uma providência destinada a corrigir a ilegalidade daquelas especificações, o juiz possa realizar todo o julgamento da questão jurídica. E, assim, a lei permite que o juiz subsuma os factos às mesmas normas jurídicas ou ao mesmo direito material a aplicar à situação jurídica litigiosa que fundamenta a causa principal, podendo decidir o fundo da causa. Nestes casos, percebe-se também que a *pretensão-urgente* alegada nesta modalidade especial do processo urgente cautelar, sendo totalmente idêntica à que se pretenderia realizar no processo principal, acaba por obter total satisfação. Não se afigura a existência de nenhuma instrumentalidade ao quadro, nem se visa assegurar a efectividade de nenhum outro processo. Pelo contrário, o que acontece é a restauração do direito material a aplicar, por actuação processual independente.

permitem aos *sujeitos-no-processo* alcançar, através de uma *decisão-judicial-de-urgência*, a realização provisória de *pretensões-jurídicas* desde que essa antecipação seja adequada para salvaguardar a efectividade de uma decisão jurisdicional a proferir em outro processo (no processo principal). E esta característica da decisão antecipatória do processo cautelar está marcada, designadamente, no artigo 112.º, n.º 1 e n.º 2, no artigo 120.º, n.º 1, alínea c), no artigo 122.º e artigo 121.º (*a contrario*) e no artigo 3.º do CPTA.

Numa segunda nota, é importante realçar que os demais processos urgentes previstos no título IV do CPTA permitem obter uma decisão judicial que realiza o direito material de forma antecipada processualmente no tempo. Aliás, o processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias traduz uma modalidade especial de antecipação, uma vez que concretiza não só uma antecipação declaratória como permite realizar uma antecipação do momento executório. Assim é *ex vi* do artigo 109.º, n.º 2 e n.º 3 do CPTA. Contudo, forçoso é também reconhecer que a técnica da antecipação quantitativa ou antecipação *tout court* substitui a técnica da antecipação qualitativa em certas modalidades de processos urgentes cautelares, previstos no título V, modificando-os e aproximando-os dos processos urgentes autónomos, previstos no título IV do CPTA. E, mais uma vez, assim acontece nas modalidades dos processos urgentes cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7 CPTA.

3.1.

A antecipação cautelar decorre da necessidade de se obstar ao prejuízo de retardamento da decisão judicial definitiva. Sem que exista no CPTA os limites de que padece nomeadamente o *référé conservatoire*, o juiz cautelar português pode, nos termos do art.º 112.º, n.º 2 CPTA, emitir todas as providências cautelares conservatórias ou antecipatórias que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade de uma sentença. O juiz cautelar só não pode antecipar definitivamente a causa — tal como não pode o juiz cautelar administrativo espanhol, nem o italiano, nem o alemão e nem o *juge des référés*¹⁴ —, nem pode dar ao requerente mais, ou coisa diferente, do que a este é permitido alcançar pela pronúncia de mérito. No modelo cautelar português, são, por um lado, as próprias características da tutela cautelar, ou seja a instrumentalidade perante a efectividade da tutela principal e a provisoriedade da decisão cautelar, e, por outro, a identidade de conteúdos entre a decisão antecipatória e a decisão judicial antecipada, o que limita os contornos da

¹⁴ A propósito do *référé*, vd. B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, Paris, 6^e édition, 2002, p. 305; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 10^e édition, 2002, pp. 1236 e 1237; C. DEBBASCH/J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, 8^e édition, 2001, p. 512.

antecipação. Com efeito, é em função do próprio conteúdo das sentenças principais, sendo que este decorre dos poderes de pronúncia dos tribunais administrativos perante a Administração, que surgem os limites do conteúdo da decisão antecipatória, sendo que esta é delimitada também pela instrumentalidade e pela provisoriedade.

3.1.1.

Cumpre, em primeiro lugar, distinguir uma providência cautelar conservatória de uma antecipatória. Seguimos o *método calamandreiano*¹⁵: Assim, e segundo esta metodologia, enquanto que a conservatória serve para anular ou minimizar o risco de ser posteriormente impossível proceder à execução de sentença favorável — por entretanto se ter alterado o *status quo ante* («o estado em que estava a coisa») —, a antecipatória serve para anular ou minimizar os prejuízos que decorrem por si só do retardamento da sentença e do facto de não ser possível proporcionar, no imediato, a satisfação da pretensão jurídica substantiva que está a cargo do *sujeito-jurisdicional*. Dizendo o mesmo por outras palavras, enquanto a providência conservatória produz um efeito hermético de modo a manter o *status quo* — «o estado em que se encontra a coisa», a antecipatória actua por via da ampliação provisória de uma situação jurídica existente, proporcionando a aceleração e a realização antecipada do direito material para a situação litigiosa controvertida.

É neste contexto que surgem os condicionamentos impostos pela provisoriedade. Apontámos há pouco que o termo «provisoriiedade qualitativa» significa fundamentalmente três coisas, a saber: *primo*: que a apreciação da *quaestio iuris* da causa principal pode realizar-se no processo cautelar, sendo que tal apreciação, por referência ao direito material a aplicar na causa principal, deve ser sempre inconclusiva; *secundo*, que o julgamento da *quaestio iuris* pode acontecer na condição de o mesmo ficar em aberto, isto é, na condição de tal questão litigiosa existente entre as partes poder vir a ser definitivamente decidida pelo juiz da causa principal; e *tertio*, que do julgamento antecipado não resulte a emissão de uma *decisão-de-urgência* que crie um estado de direito impossível de reversão. De resto, reportando-nos, sobretudo, ao contexto da emissão de providências antecipatórias, a provisoriedade da apreciação e do julgamento da *quaestio iuris* exige fundamentalmente que o efeito de direito decorrente da *regulação ou composição provisória* seja passível de reversão pela *regulação ou composição* definitiva, que vier a ser realizada pelo juiz da causa principal. Ora, a providência antecipatória deve apresentar o carácter de provisoriedade. Assim, exige-se que

¹⁵ P. CALAMANDREI (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pp. 56 ss.) distinguiu dois tipos de *periculum in mora*: o «pericolo di infruttuosità» e o «pericolo di tardività» do processo principal, fazendo corresponder a cada um deles as diferentes providências cautelares conservatórias e antecipatórias.

o exame do direito material a aplicar à causa principal seja um exame sumário (*id est*: não conclusivo) e que o julgamento da *quaestio iuris* seja provisória (*id est*: que o julgamento não consuma ou não esgote a questão jurídica a decidir), exigindo-se também que o estado de direito e de facto seja passível de reversão pela sentença que vier a ser proferida na causa principal. De resto, a provisoriedade não é anulada se existir análise do direito material que rege o mérito da causa, nem se a *decisão-de-urgência* vier satisfazer provisoriamente a pretensão jurídica substantiva. Ela só deixa de ser provisória se criar um estado de direito que seja impossível de reversão ou se produzir efeitos de direito que sejam irreversíveis ou impossíveis de eliminar *a posteriori* pelo juiz da causa principal. Com efeito, a proibição da antecipação da solução para a causa principal, uma regra *qui interdit au juge de préjudicier au principal*, segundo a terminologia francesa, ou formulado na dogmática alemã como «Verbot der Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung»), constituiu um dos dois princípios correctivos *do poder geral de cautela*, necessário para estremar a provisoriedade da medida, tanto no que concerne à perspectiva da cognição e do julgamento como no que diz respeito à provisoriedade do conteúdo e dos efeitos a produzir. Assim, em princípio, se não pode nem deve ser decretada a providência antecipatória que decida definitivamente o mérito da causa principal e que retire a utilidade à prolação da sentença principal, por maioria de razão não devem ser antecipados efeitos que não podem ser confirmados pela sentença de mérito.

Por exemplo, faltarão a provisoriedade à providência que autorize a realização de um evento não duradouro, marcado para certo dia, no caso de esta pretensão constituir o objecto da causa principal e esta ficar assim anulada de utilidade se vier a ser decidido depois de decorrido a data determinada. E, de igual modo, a providência que suspenda a decisão administrativa que requisita serviços mínimos, no quadro de uma greve geral prevista para uma data muito próxima, é igualmente destituída de provisoriedade, uma vez que consome a questão jurídica e retira o objecto à causa principal, por ser impossível (e inútil) decidir posteriormente sobre a mesma *quaestio iuris*. E de igual modo, padece de provisoriedade a decisão que antecipe efeitos que não podem imputar-se à sentença antecipada.

Cumpra dizer, no entanto, que não somos adeptos da posição daqueles que defendem que a provisoriedade fica logo posta em causa quando a *decisão-de-urgência-provisória* cria efeitos *de facto* definitivos, isto é, efeitos de facto de impossível ou difícil reversão. E isto por duas razões. Primeiro, porque a produção de tal tipo de efeitos de facto acontece sempre e na realidade para o período de tempo que medeia até à chegada da

sentença final esses efeitos são sempre definitivos, já que o tempo não volta para trás e cada momento é novo, e depois porque a definitividade *de facto*, tantas vezes temida como efeito decorrente do decretamento provisório, também pode decorrer de uma *improvidência* cautelar, isto é, do indeferimento da providência cautelar antecipatória. Afinal, por causa do factor tempo, há sempre um espaço de tempo, aquele que abrange o período de tempo que vai desde a propositura da acção até à emissão da regulação definitiva da causa, em relação ao qual haverá sempre a produção de efeitos de facto contra um dos *sujeitos-no-processo*, que podem até ser insusceptíveis de reversão, dando lugar ao chamado estado de facto consumado.

Coisa diferente, em que há verdadeira anulação da provisoriedade, é aquela que diz respeito à definitividade da *quaestio iuris*. Com efeito, há situações em relação às quais a *decisão-de-urgência-antecipatória* pode traduzir a formação de um estado de facto e de direito, em termos que se torna impossível reverter o estatuído (a título provisório). E essas situações abrangem sobretudo pretensões jurídicas que só tem existência numa dimensão do tempo presente e que só podem ser realizadas judicialmente num período de tempo determinado, sendo que a realização judicial de tais pretensões só pode acontecer numa única dimensão do tempo em que têm existência, numa data, dentro de um prazo, até que aconteça certo evento, uma vez que qualquer protecção judicial que seja oferecida depois, noutra dimensão do tempo, não faz sentido, porque, entretanto, as mesmas pretensões jurídicas desapareceram. Assim, não sendo tuteladas no presente, não faz sentido que seja proporcionada a tutela judicial depois de decorrido o período de campanha eleitoral, depois de ter sido concluído o ano escolar, depois de ter decorrido o dia da manifestação, a data da reunião ou o dia da greve ou depois de ter definhado a pessoa sem ajuda social ou depois de o estrangeiro a residir ilegalmente no território nacional ter sido expulso do país.

Assim, há pretensões jurídicas que devam ser realizadas num período de tempo curto (incluindo prazos e datas fixas), como por exemplo uma questão relativa a uma eleição, a uma campanha eleitoral, ao exercício de um direito num certo dia ou numa data próxima, como exames escolares ou o início do ano lectivo. E tais pretensões jurídicas só podem ser tuteladas através da antecipação de uma *decisão-de-urgência*. E se a antecipação acontecer no quadro dos processos urgentes cautelares, cumpre perceber que tal antecipação pode deixar de ser provisória. E o que significa isto? Significa que o juiz pode ser obrigado a criar um estado de direito e de facto irreversível para garantir a plena e a

efectiva realização da tutela judicial da pretensão jurídica substantiva¹⁶. Este é, portanto, o tipo de situações que conduzem à verdadeira situação de anulação da provisoriedade¹⁷.

De qualquer modo, o desejável é que existam processos urgentes adequados para o efeito ou que a antecipação aconteça no quadro do processo urgente atípico previsto no artigo 121.º do CPTA¹⁸. Como sabemos, nos sistemas em que não há tal mecanismo, tem vindo a aceitar-se que o processo cautelar desemboque numa decisão do género. Aliás, na falta de um mecanismo do género, a doutrina e a jurisprudência alemãs têm vindo a admitir excepcionalmente que tal antecipação aconteça no contexto da *einstweilige Rechtsschutz*, por aplicação directa do art. 19. 4 da GG¹⁹. E assim, no âmbito do processo das medidas provisórias (§ 123 VwGO, relativo à *einstweilige Anordnung*), os tribunais administrativos têm procedido à antecipação da decisão de fundo quando o consideram absolutamente necessário para assegurar a efectividade na protecção jurisdicional de certa pretensão jurídica, por entenderem que sem essa antecipação se poderia anular o princípio da tutela jurisdicional efectiva, sendo certo que, quanto ao requisito da aparência do direito, os tribunais administrativos exigem a demonstração de um grau sério de probabilidade quanto ao sucesso da causa principal («ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache»)²⁰.

3.2.

Há ainda a antecipação prevista nas modalidades dos processos cautelares previstas nos artigos 121.º e 132.º, n.º 7 CPTA. Neste último preceito está consagrada a possibilidade de ser proferido de imediato o julgamento da questão de fundo. No que respeita à primeira situação, cumpre dizer que a possibilidade de ser proferida a decisão de mérito resulta da iniciativa do próprio tribunal, por este entender que, à luz de todos os elementos de que dispõe e verificando-se os pressupostos previstos na lei, estão preenchidos os requisitos

¹⁶ A este propósito, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, «O objecto do processo no novo contencioso administrativo», CJA, 36, 2002, pp. 10 e 11.

¹⁷ Neste sentido, cumpre dizer que concordamos e aderimos ao pensamento de F. SCHOCH, «Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III)... cit., p. 326.

¹⁸ Neste sentido, e para a configuração de um exemplo, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, «Breve introdução à reforma do contencioso administrativo», CJA, 2002, 32, p. 8.

¹⁹ A doutrina tem vindo a sistematizar, com base em vários critérios, o conjunto de situações que podem especialmente beneficiar desta tutela definitiva urgente. A este propósito, vd., para maiores desenvolvimentos, K. FINKELNBURG/K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4. Auflage, München, 1998, ns.ms. 202 ss., pp. 95 ss e ns. ms. 225, pp. 109 ss.; F. SCHOCH em anotação ao § 123 VwGO in: F. SCHOCH/E. SCHMIDT-ÄßMANN/R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, Band II, München, 2002, n.m. 148, pp. 67 e 68 e n.m. 155, p. 71.

²⁰ Neste sentido, F.O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 13. Auflage, München, 2003, esp. n.m. 14, p. 1447, mas tb., para maiores desenvolvimentos, ns.ms. 14a, 14b e 14c, pp. 1448 ss. Vd. tb. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, cit., pp. 290 ss.; esp. 292 a 293.

que lhe permitem avançar para a prolação da decisão de fundo. Assim, quanto a estes pressupostos, eles são dois, a saber: o primeiro, prende-se com a manifesta urgência na resolução do caso e o segundo com o exercício do contraditório. O primeiro pressuposto atende a duas razões e considera-se preenchido se duas situações se verificarem. E assim, atende à razão de a situação carente de tutela judicial não se compadecer com a adopção de uma simples providência cautelar (que seja provisória) e justifica-se por a instrução e a produção de prova se considerarem suficientemente esgotadas para o efeito. O segundo, de natureza eminentemente processual, prende-se com a realização do contraditório sobre a possibilidade da antecipação da decisão de mérito.

Ora, voltando ao primeiro pressuposto, cumpre dizer que ele atende a duas razões e considera-se preenchido se duas situações se verificarem. E assim, cumpre notar que, quanto à primeira situação, referente ao primeiro pressuposto, ela resulta da análise dos seguintes parâmetros: da necessária resolução definitiva da *quaestio iuris* e da necessidade da realização da pretensão jurídica substantiva, sendo que esta depende da «natureza das questões» e «da gravidade dos interesses envolvidos». No que concerne à interpretação do primeiro conceito indeterminado, julgamos que deve atender-se, por um lado, à simplicidade da questão de facto e de direito a tratar, e, por outro, à natureza da questão que suscita a composição, *rectius*, o tipo de pretensões jurídicas que suscitam a protecção judicial. Haverá, de facto, situações em que as *pretensões-jurídicas-urgentes* que constituem o objecto do processo cautelar e que reivindicam uma protecção judicial imediata coincidem com as que integram o objecto da causa principal. E, nestas situações, devendo o juiz pronunciar-se sobre tais *pretensões-jurídicas*, nada mais restará para apreciar no processo principal. No que concerne à interpretação do segundo tipo de conceitos indeterminados, a propósito «da gravidade dos interesses envolvidos», julgamos que se deve atender, por um lado, à intensidade do dano ou da lesão a que os interesses públicos e privados em presença ficam expostos com a não antecipação da decisão para a causa principal, por a tutela desses interesses não se compadecer com uma simples providência cautelar, e, por outro lado, numa lógica de repartição de riscos, deve atender-se à seriedade, ou ao grande significado e ao valor dos interesses em presença, em termos que o tribunal deve ponderar se o dano que eventualmente decorrerá para o interesse público da decisão de antecipação da causa é superior ao danos que resultará da não antecipação. A natureza dificilmente reparável dos bens e valores subjacentes aos interesses envolvidos é um factor importante a ter em conta na consideração daquilo que é a urgência (que tem de ser ostensiva) na resolução definitiva da questão de facto e de direito que fundamenta o processo sumário. O tribunal deverá

ouvir as partes pelo prazo de dez dias sobre a decisão de antecipar a causa, sendo esta passível de impugnação nos termos gerais. De qualquer modo, quis o legislador que este *modus procedendi* tenda para a emissão de uma decisão de fundo, prevendo, pois, *a priori*, a anulação do nexo de acessoriedade-instrumentalidade do processo cautelar perante o processo principal, substituindo a técnica da antecipação qualitativa ou cautelar pela técnica da antecipação *tout court*.

III. Terceira explicitação

Como apontámos nas considerações anteriores, a lei processual administrativa integra um conjunto de processos que seguem a mesma forma processual, desempenham uma mesma função e são estruturalmente concebidos em termos simplificados e abreviados. E, com efeito, no contexto dessa função, tais processos concretizam normalmente diferentes técnicas processuais. A técnica da *sumariedade procedimental* e a técnica da *sumariedade da cognição* vêm acrescer às técnicas de acessoriedade-instrumentalidade, provisoriedade e antecipação, sendo que, ao contrário de todas as outras, a técnica da sumariedade procedimental é obrigatoriamente concretizada em todos os processos de urgência.

Com tivemos ocasião de estudar, o processo pode definir-se como sumário quando se desenvolve segundo formas e termos simplificados e abreviados por contraste com os previstos para os processos ordinários ou comuns, quer esta simplificação resulte directa e imediatamente da lei, quer decorra da actuação do *sujeito-jurisdicional-da-urgência* na determinação estrutural do processo, de acordo com os parâmetros delineados, *a priori*, de forma mais ou menos precisa, pelo *sujeito-legislativo*. E como tivemos ocasião de apurar também, o processo pode dizer-se *sumário de cognição sumária* quando, para além de possuir especificidades de matriz procedimental, possuir especificidades que atingem o seu momento instrutório (1.).

Enfim, cumpre, pois, verificar que a lei processual administrativa consagra um modelo de processos especiais, simplificados e abreviados, que foram especialmente desenhados para realizar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo, sendo que tal modelo tem a sua disciplina prevista tanto no título IV como no título V do CPTA. E, depois, cumprirá perceber que os processos especiais previstos no título IV e no título V do CPTA não são somente processos especiais de trâmite urgente e processos sumários quanto ao *modus procedendi*. Para além dos instrumentos de aceleração e do tratamento prioritário e, fundamentalmente, para além de a sua configuração pontual pressupor

simplificação e abreviação estruturais, aprez verificar que alguns deles concretizam instrumentos da técnica da cognição sumária, sendo que tais *processos sumários de cognição sumária* são acolhidos tanto no título IV como no título V do CPTA. Na realidade, Parte-se da análise dos contornos do modelo instrutório ordinário ou modelo ordinário de *plena cognitio* e verifica-se que esse *regime-regra* (que disciplina o modelo de *plena cognitio* e que é sobretudo moldado segundo as normas e os princípios de matriz civilista) sofre desvios e verdadeiras excepções quando adoptado nos processos de cognição sumária **(2.)**.

Se é um facto que todos os processos urgentes são processos sumários e se é um facto que alguns deles são também processos sumários de cognição sumária, já que em alguns deles se pressupõe uma redução da cognição do *thema decidendum*, atingindo logo, a montante, a produção de prova, só nos processos cautelares é possível decidir tendo subjacente um juízo sumário **(3.)**.

1.

Quanto às modalidades de concretização da simplificação e abreviação por determinação legal, cumpre verificar o *modus procedendi* dos processos previstos no título IV **(1.1.)**, para se perceber como as modalidades de simplificação são exactamente iguais às previstas nos processos cautelares **(1.2.)**.

1.1.

Comecemos pelo contencioso eleitoral e pelo processo pré-contratual. Eles caracterizam-se da seguinte forma. Integram um número reduzido de articulados, um número reduzido de fases do processo e prevêm o encurtamento de prazos, quer para a propositura da acção quer para a prática dos actos processuais. Assim, e sem prejuízo da aplicação do regime previsto para a AAE, especialmente do disposto na secção I do capítulo II do título III, o processo pré-contratual deve ser accionado no prazo de um mês (e não de quinze dias, como era estabelecido no sistema anterior), a contar da notificação dos interessados ou, não havendo lugar à notificação, da data do conhecimento do acto. E o encurtamento dos prazos decorre também do facto de se prever que o prazo para apresentação de contestação e alegações (quando estas tenham lugar) é de vinte dias, correndo em simultâneo para a entidade demandada e para contra-interessados, sendo de dez dias o prazo para a prolação de decisão do juiz ou do relator (ou para este submeter a julgamento) e sendo reduzido o prazo para cinco dias nos restantes casos. E integra ainda um *modus procedendi* com abreviação de fases, sendo que a possibilidade de abreviação das fases do processo surge delegada na figura do juiz. Assim, quanto à primeira possibilidade, ela decorre do facto de neste processo só haver lugar a alegações, se não for requerida ou

produzida prova com a contestação, sendo que deve ter-se em conta que, o facto de a entidade demandada estar obrigada a remeter ao tribunal o processo administrativo (nos termos do art. 84.º *ex vi* do art. 102.º, n.º 1), tal não pode ser entendido no sentido de produção de prova, pelo que, neste caso, não devem ser apresentadas alegações finais se a entidade demandada apenas juntar o processo e documentos a que o demandante pudesse ter tido acesso. Depois, quanto à segunda, muito mais significativa, ela resulta do facto de o legislador permitir que, por iniciativa das partes ou por iniciativa do tribunal, e, tendo por razão o mais rápido esclarecimento da questão, seja realizada uma audiência pública, onde deve ser possível produzir prova (designadamente testemunhal e pericial) e onde se procede à discussão da matéria de facto, bem como à discussão da matéria de direito, sendo assim, possível apresentar de forma oral as alegações finais. No final da audiência é suposto ser ditada a sentença.

O processo de intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões, previsto no art. 104.º e seguintes, concretiza fundamentalmente o primeiro tipo de modalidades de simplificação e abreviação. E assim, concretiza a técnica da determinação (legal) simplificada (muito simplificada, aliás) e abreviada (ou mesmo acelerada) do *modus procedendi*, uma vez que integra um número reduzido de articulados, resumindo-se à petição e contestação, um número reduzido de fases do processo e prevê o encurtamento de prazos, quer para a propositura da acção quer para a prática dos actos processuais. Assim, no que respeita aos pressupostos, estando muito próximo do processo dirigido à imposição de deveres à Administração, quer por esta ter permanecido omissa, quer por ter respondido parcialmente à pretensão do interessado (nos termos do art. 67.º), o processo relativo à intimação para obtenção de informação deve ser requerida ao tribunal competente no prazo de vinte dias (art. 105.º) (e não já no prazo de um mês, como era no regime anterior), a contar do decurso do prazo legalmente estabelecido, sem que a entidade requerida satisfaça o pedido que lhe foi dirigido, ou a contar do indeferimento do pedido ou a contar da satisfação parcial do pedido (nos termos do art. 105.º). E, no que respeita ao *modus procedendi*, também próxima da acção administrativa comum quando esta visa a condenação da Administração na adopção de simples actuações ou actos que não sejam verdadeiramente administrativos, o processo de intimação para prestação de informações traduz, como menciona AROSO DE ALMEIDA, uma «espécie de acção administrativa comum urgente»²¹ e, por isso, este processo concretiza-se de forma simplificada, sendo a abreviação visível no encurtamento de prazos para apresentação de resposta e nas fases

²¹ Vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, p. 282.

seguintes do processo. Esta deve ser apresentada em dez dias (art. 107.º). Segue-se a decisão do juiz, até porque as questões apresentam-se normalmente pouco complexas e não há vulgarmente lugar a outras diligências. Só assim não será se o juiz decidir proceder a diligências complementares.

O processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias é de todos os processos urgentes principais o que concretiza com mais intensidade as duas modalidades de simplificação e abreviação. É, de facto, um verdadeiro processo sumário, cuja natureza simplificada e abreviada tem na urgência a sua razão de ser. E assim, tal processo concretiza a técnica da determinação (legal) simplificada e abreviada (ou acelerada) do *modus procedendi*, uma vez que integra um número reduzido de articulados, um número reduzido de fases do processo e prevê o encurtamento de prazos para a prática dos actos processuais. E integra ainda a possibilidade de a abreviação das fases do processo acontecer através da condensação em audiência oral, sendo que a *elasticidade*, de que o legislador quis dotar este processo, é doseada pelo juiz, cumprindo-lhe adaptar o *modus procedendi* do processo à complexidade das questões e à situação de urgência invocada.

Assim, em primeiro lugar, cumpre notar que, quanto ao *modus procedendi* do processo de intimação para tutela de direitos, liberdades e garantias, o legislador veio prever três ritos distintos, tendo em conta o carácter mais ou menos simples e mais ou menos abreviado do procedimento. E, isto porque, no mais simples e mais abreviado, os prazos são ainda mais curtos e as fases em menor número. Vejamos, contudo, em primeiro lugar, o modelo menos simples e menos abreviado do *modus procedendi* do processo para tutela de direitos, liberdades e garantias, que se aplica quando a complexidade da matéria o justifique, designadamente pela eventual necessidade de fazer intervir no processo contra-interessados. Neste caso, menciona o art. 110.º, n.º 3, que o processo segue a tramitação estabelecida para a acção administrativa especial, no capítulo III do título III, sendo, nesse caso, os prazos reduzidos a metade. Já num outro modelo mais simples e mais abreviado do que este, que se pode dizer *modus procedendi* normal ou comum do processo para intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que está consagrado no art. 109.º e 110.º, o processo pressupõe uma tramitação que começa com a apresentação do requerimento inicial, em duplicado, e a remessa do duplicado à entidade demandada para contestar no prazo de sete dias. Se a complexidade da matéria não justificar a adopção da tramitação mais lenta e cuidada supra indicada, o juiz pode ordenar as diligências que se mostrem adequadas, devendo decidir no prazo de cinco dias. E, enfim, há o modelo mais simples e mais abreviado do *modus procedendi* do processo para tutela de direitos, liberdades e

garantias, sendo que pressupõe dois pressupostos: a especial urgência e a simplicidade das questões de facto e de direito. Assim, este processo sumaríssimo para tutela de direitos, liberdades e garantias é oficiosamente seguido quando a petição permita reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito, ou da garantia ou liberdade ameaçados. E, uma vez que a estrutura do processo não está determinada legalmente, cumpre ao juiz, em alternativa, seguir um de dois caminhos traçados na lei. Assim, por um lado, o legislador permite-lhe seguir em parte os trâmites previstos para o *modus procedendi* normal deste processo, devendo ainda assim reduzir o prazo fixado no n.º 1 do artigo 110.º. Ora, o encurtamento do prazo para a entidade demandada apresentar resposta, deixa de ser de sete dias para passar a ser um diferente, aquele que o juiz entenda adequado à urgência da ameaça a um dos direitos fundamentais alegados. Por outro lado, e em alternativa, o legislador autoriza o juiz a intensificar mais ainda a simplificação e a abreviação do *modus procedendi* normal, permitindo-lhe optar pela realização, no prazo de quarenta e oito horas, de uma audiência oral, no termo da qual decidirá de imediato, sendo que a audição oral pode acontecer por qualquer meio de comunicação que se mostre adequado. Ora, percebe-se que, neste caso, o juiz escolhe a via e a estrutura do processo a seguir e determina a forma a observar. Por exemplo, o juiz pode em vez de ouvir o requerido em audiência proceder à sua audição por qualquer meio de comunicação que se revele adequado, incluindo o telefone, por exemplo, ou o próprio correio electrónico (art. 111.º, n.º 1 e n.º 2)²².

1.2.

Também o processo cautelar comum é um processo sumário. E assim é porque o CPTA prevê um processo mais simplificado ainda do que aquele que estudámos há pouco. Aliás, o processo cautelar é ainda mais flexível, podendo o seu *modus procedendi* desdobrar-se em diversas configurações comuns, para além das configurações especiais de matriz administrativa ou de natureza civil. Como se apontou o processo cautelar comum, que desemboca na emissão de uma providência cautelar não especificada, apresenta três dimensões ou três configurações, a saber: uma configuração regra, a do processo cautelar comum-regra, cuja disciplina está disposta nos artigos 112.º e seguintes, e duas configurações comuns especiais, uma que está prevista no artigo 131.º e é apta para desembocar no decretamento provisório de qualquer providência cautelar não especificada, e outra que está configurada no artigo 121.º e é apta para desembocar na antecipação do juízo de fundo de qualquer processo principal, sendo que estas duas últimas variações

²² Sobre este tema, vd. M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...* cit., pp. 287 e 288.

podem combinar-se com todos os processos principais, com excepção do processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.

Ora, a disciplina que versa sobre o processo cautelar comum, prevê sempre, e independentemente de qual seja a sua configuração especial, um *modus procedendi* muito simplificado, quando comparado com o do processo que tem por objecto pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos e normas, sendo que esta simplificação decorre imediatamente por determinação legal. E esta traduz-se fundamentalmente no número reduzido de articulados, que inclui apenas a petição inicial e a contestação, no número reduzido de fases do processo e no encurtamento de prazos para a prática dos actos processuais. A sumariedade do processo cautelar-comum acentua-se na modalidade consagrada no artigo 131.º do CPTA.

E, depois, traduz-se igualmente nas particularidades de abreviação que decorrem do exercício do poder que a lei entrega ao juiz para concretizar no caso concreto a estrutura do processo. A concretização da estrutura e a escolha das formas procedimentais é fundamentalmente entregue ao juiz em processos cautelares especiais, *maxime*, no processo cautelar de suspensão da eficácia do acto e no processo cautelar comum que é apto para proceder ao decretamento provisório de qualquer providência cautelar. Aliás, nesta modalidade do processo cautelar, a simplificação mais significativa resulta, sem dúvida alguma, do exercício dos poderes conformadores do juiz cautelar **(1.2.1.)**.

1.2.1.

Vejamos, em primeiro lugar, a configuração do *processo cautelar comum-regra*, cuja configuração está prevista nos artigos 112.º e seguintes. Ele inicia-se com o requerimento inicial, que é acompanhado de prova sumária da existência dos fundamentos do pedido, e prova sumária significa toda a prova documental pertinente. Segue-se o despacho liminar de admissão ou rejeição do requerimento, com possibilidade de correcção do requerimento inicial (nos termos do artigo 116.º). A citação da entidade requerida e dos contra-interessados (se os houver) para deduzirem oposição acontece em simultâneo, devendo esta acontecer no prazo de dez dias, sendo que nas suas contestações, a entidade requerida e os contra-interessados podem — *rectius*, devem — apresentar meios de prova ou solicitar a produção de provas. Segue-se a realização de diligências de prova, que são ordenadas pelo juiz, quando consideradas necessárias e a produção de prova requerida, designadamente testemunhal. E, finalmente, é proferida a providência cautelar.

Contudo o *modus procedendi* do processo cautelar comum sofre ainda mais simplificação quando desemboca no decretamento provisório de uma providência cautelar.

Assim, nos termos do art. 131.º, este processo cautelar assume-se como sumaríssimo na medida em que o legislador optou pela técnica da inversão do contencioso (ou técnica do processo de cognição unilateral), concretizando um procedimento *inaudita altera parte*, com a consequente previsão de uma exceção ou derrogação ao princípio do pleno contraditório. Para além deste aspecto, o art. 131.º consagra um regime que difere o mais possível do regime traçado para o processo previsto no artigo 46.º e seguintes, sendo que, em comparação com o regime previsto no capítulo III do título III, a simplificação e a abreviação é levada ao extremo nesta modalidade do processo comum cautelar. Em abono da verdade, por razões de especial urgência, este processo assume-se como um verdadeiro processo sumaríssimo.

Assim, o processo sumaríssimo cautelar concretiza diversas modalidades de sumariedade procedimental, para além daquela de que já falámos. E, assim, constitui um regime especial, determinado fundamentalmente por uma especial urgência, designadamente, por estar em causa a possibilidade de lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias ou simplesmente por a situação de carência de tutela judicial se configurar como uma *situação-de-especial-urgência-atípica* ou por ser relativa a um tipo de *periculum in mora* qualificado pela iminência da lesão. Entre outros aspectos previstos no artigo 131.º do CPTA, destacam-se os seguintes pontos: o decretamento provisório da providência acontece em 48 horas; o requerimento inicial deve especificar, de forma articulada, os fundamentos do pedido, oferecendo prova sumária da respectiva existência, incluindo a prova documental pertinente; depois de distribuído, o processo é concluso ao juiz ou relator com maior urgência (art. 131.º, n.º 2); o juiz ou relator deve colher apenas os elementos a que tenha acesso imediato e dispensar quaisquer outras formalidades ou diligências; surge, de imediato, o decretamento provisório da providência. Contudo, se as circunstâncias o exigirem, deve o juiz ou relator proceder à audição do requerido antes do decretamento, podendo fazê-lo por qualquer meio de comunicação que se revele adequado. Não se admite qualquer tipo de impugnação. Surge a notificação urgente da decisão às entidades que a devem cumprir. Posteriormente, é dado um prazo de cinco dias às partes para que estas se pronunciem sobre a possibilidade do levantamento, manutenção ou alteração da providência, devendo, então, ser emitida a decisão cautelar que produzirá efeitos até final do processo principal, no prazo de cinco dias.

2.

Se é verdade que não deve confundir-se o *processo sumário* com o *processo sumário de cognição sumária*, também é verdade que os *processos sumários* previstos no CPTA só poderão

denominar-se de *processos sumários de cognição sumária* se neles se concretizar algumas das modalidades de *sumariedade de cognição*, a saber:

1. a configuração de um modelo de cognição não plena por determinação legal
 - a. que atenua ou constitui excepção ao modelo de contraditório participativo-igualitário entre as partes
 - i. que pressupõe a técnica da inversão do contencioso ou técnica do processo de cognição unilateral: procedimento inaudita altera parte
 - ii. contraditório diferido
 - iii. contraditório incompleto
 - b. que traduz simplificação e incompletude ou não esgotamento de prova
 - i. que pressupõe a prova sumária:
 1. enquanto prova restrita e prova imediata
 2. enquanto material probatório restrito, limitado a parte dos factos da causa
2. a configuração de um modelo de cognição não plena por actuação do juiz
 - a. que atenua ou constitui excepção perante o modelo de contraditório participativo-igualitário
 - i. em termos que a discricionariadade pressupõe que o juiz possa realizar uma instrução informal, uma instrução que não obedeça ao mesmo modelo paritário de contraditório — discricionariadade-inquisitoriedade
 - b. que traduz simplificação e incompletude de prova
 - i. em termos que o procedimento instrutório se desenrola de modo atípico, através de modalidades de prova consideradas não normais ou não comuns

Importa pois saber se a disciplina que versa sobre a prova a realizar nos processos urgentes prevê princípios e normas especiais quanto à forma procedimental de aquisição do material probatório, sobre o qual deverá formar-se a convicção do juiz e se estabelece princípios de julgamento de prova especiais, sendo que certo que importa perceber se está legitimada a não realização do contraditório ou se está legitimada a desobediência às «formalidades essenciais do contraditório» (2.1.).

Pois bem, é um facto que, em relação à disciplina que versa sobre certos processos sumários, o *sujeito-legislativo* veio concretizar a técnica da inversão do contencioso ou técnica da cognição unilateral e a técnica da prova *prima-facie*, *id est*, género de prova que se opõe à *plena probatio* e só pode ser identificada com o de *prova restrita*, *prova imediatamente disponível* e *prova líquida*, não devendo ser identificada com prova menos forte ou prova menos convincente. De resto, tais processos pressupõem uma redução da cognição do *thema decidendum*, atingindo logo, a montante, a produção de prova **(2.2.)**.

2.1.

Cumpre, no entanto, anunciar de imediato que, não obstante o princípio do contraditório sofrer alguns desvios e algumas atenuações, tal não é suficiente para se classificar os processos urgentes impugnatórios e o processo de intimação para prestação de informações como sendo processos de cognição sumária e isto porque em nenhum destes processos especiais estão concretizados instrumentos e modalidades de cognição sumária. Assim e por contraste com o modelo dito ordinário, em cada um destes processos sumários urgentes vigora, com igual intensidade, o princípio do dispositivo e da disponibilidade das partes, o do inquisitório e da oficiosidade. Além disso, são realizados os mesmos meios de prova ou pelo menos não há restrições significativas ou ampliações de maior significado que traduzam aceleração na produção de prova e que possam obstar ao pleno conhecimento do *thema decidendum*.

Já o modelo instrutório da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias apresenta novidades quando comparado com os modelos anteriores, pois este acolhe três modalidades da sumariedade cognitiva. E isto deve-se às situações de especial urgência em que a situação de carência de tutela judicial se encontra, em termos que, tratando-se de uma ameaça qualificada ao exercício de um direito, liberdade ou garantia, o legislador quis assegurar a devida tutela, fazendo intervir, como escrevem certos autores, uma *válvula de segurança do sistema de garantias contenciosas*²³ — ou que, dizemos nós, faz desencadear um modelo de cognição sumária. E a concretização de derrogações que o mesmo processo consagra perante a disciplina que versa sobre o modelo de *plena cognitio* deve-se exactamente à sua natureza excepcional. Assim, são fundamentalmente três as especificidades consagradas neste processo, uma que traduz não só a diminuição significativa quantitativa ou de duração do contraditório mas que inclui a diminuição qualitativa (ou de substância) do contraditório; outra que resulta da entrega ao *sujeito-jurisdicional-de-urgência* de poderes excepcionais em matéria de prova, que podem

²³ Neste sentido, vd. M. AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...* cit., p. 538.

desequilibrar o modelo participativo-paritário de contraditório; e outra que tem que ver com o acolhimento da prova sumária, já que o material instrutório pode ser quantitativamente limitado, deixando, por isso, de ter em conta todos os factos controvertidos. Falamos designadamente do modelo mais simples previsto no artigo 111.º do CPTA, onde claramente se acolhe a técnica da prova restrita, prova não esgotada e prova imediata, ou prova que for possível em 48 horas²⁴.

2.2.

Em contas simples, cumpre dizer que, por razões de urgência, o *sujeito-legislativo* veio prever no título IV do CPTA três processos de *cognição plena acelerada* (que se caracteriza sobretudo pela diminuição da duração do contraditório) e uma de cognição sumária. Se assim é no que respeita aos processos urgentes previstos no título IV, cumpre, de seguida, verificar que no título V, o legislador veio consagrar duas formas de cognição sumária para o processo cautelar e uma de *cognição plena abreviada*, que atinge uma dimensão do processo cautelar, prevista no artigo 121.º CPTA. Ora, como já se apontou nas considerações anteriores, a lei processual administrativa configura a existência de um processo cautelar comum, cujo regime consta dos artigos 112.º e seguintes do CPTA, através do qual é possível obter o decretamento de qualquer providência cautelar, conservatória ou antecipatória, que seja admitida no contencioso administrativo. A configuração prevista no artigo 131.º, que é apta para desembocar no decretamento provisório e mais rápido de qualquer providência cautelar não especificada, é de todas aquela que mais acolhe os instrumentos de prova sumária.

É, contudo, na modalidade sumaríssima do processo cautelar comum, prevista no artigo 131.º do CPTA que o *sujeito-legislativo* veio instituir as modalidades mais ostensivas de sumariedade da cognição, sendo que as mesmas se justificam pela situação especial de urgência e pelo decretamento provisório da tutela cautelar, podendo tal configuração decorrer oficiosamente pelo juiz ou pelo relator, sempre que a petição permita reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito, liberdade ou garantia ou outra *situação-especial-de-urgência-atípica*. Traduzindo-se num processo que inclui fundamentalmente dois momentos, um sem contraditoriedade e outro com diminuição dela, esta modalidade do processo cautelar comum visa sobretudo assegurar que qualquer uma das providências

²⁴ Neste sentido, vd. acórdão do TCA-N de 26.01.2006, processo n.º 1157/05.0BEBRG, no qual o TCA, justifica o carácter excepcional do recurso ao meio processual exactamente por ele ter «natureza sumária», sendo que «obviamente que estas sumariedade e urgência não podem deixar de traduzir-se, de alguma maneira e em maior ou menor grau, no correspondente sacrifício de alguns valores, quiçá mesmo do cumprimento integral do contraditório das partes e a livre utilização de alguns meios de prova. O TCA considerou que «também por isso se compreende e justifica o carácter subsidiário deste meio processual principal em relação a outros meios, onde tais valores não são sujeitos a um tão grande sacrifício».

cautelares a decretar, uma providência conservatória ou uma antecipatória, seja emitida de imediato, numa fase inicial do processo cautelar, *id est*, seja emitida logo após a apresentação do requerimento inicial, num momento prévio àquele que é normalmente tido como o momento certo para o decretamento de qualquer providência cautelar. Nesta modalidade do processo cautelar comum, antecipa-se, pois, provisoriamente, o momento de decretamento da própria providência cautelar, uma vez que, existindo uma especial urgência, designadamente, por estar em causa a lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias, se receia que a demora do próprio processo cautelar comum seja a causa do dano e acresça à ameaça de lesão aos direitos e interesses em causa invocados. Claro está que, após o decretamento provisório da providência cautelar, que, como se apontou, surge numa primeira fase deste processo, ou na fase daquele que pode ser classificado como procedimento *inaudita altera parte*, se segue um segundo momento com vista a obter a confirmação da providência cautelar ou o seu levantamento, seguindo-se finalmente, numa segunda fase, os trâmites do processo cautelar comum para obter a providência cautelar definitiva, isto é, a providência que deverá permanecer até que seja decidido o processo principal. Como se percebe, o artigo 131.º consagra um processo cautelar sumaríssimo que surge enxertado no processo sumário cautelar comum.

Ora, em primeiro lugar, cumpre notar que o processo cautelar sumaríssimo se configura num primeiro momento como um processo de cognição unilateral ou procedimento *inaudita altera parte*, e, por isso, é nele concretizada uma excepção ao princípio do contraditório, através da técnica do contencioso invertido, que como vimos configura uma modalidade privilegiada de concretização da *summaria cognitio*. Estão também consagradas neste normativo outros desvios às regras de prova, em termos que se consagra uma restrição e uma ampliação. Aliás, o processo sumário cautelar mais simples concretiza diversas modalidades de sumariedade cognitiva, para além daquele de que já falámos. O poder instrutório do juiz é aqui moldado com carácter excepcional, susceptível de desequilibrar o modelo participativo-igualitário do contraditório.

3.

Daqui não resulta, todavia, que em todos os processos sumários de cognição sumária a decisão judicial dependa da formulação de um juízo sumário. Antes pelo contrário: uma coisa é o julgamento da matéria de facto e de direito nos processos sumários e outra coisa é o julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito nos processos cautelares. Mas isso é um tema difícil que não pode ser aqui amplamente desenvolvido. Ele levar-nos-ia a justificar porque é que só o julgamento da

matéria de direito nos processos cautelares tem algo de especial: é sempre inconclusivo. Na realidade, o juízo nos processos cautelares é sumário porque o exame da *quaestio iuris* não pode ser aqui esgotado — não obstante o juiz cautelar dever trazer à colação o mesmo direito material a aplicar à situação jurídica da causa principal. É o que decorre da análise do preceito que disciplina as condições de procedência das providências cautelares. Na verdade, porque acolhe uma solução *leipoldiana*, que obriga a lançar mão do critério adicional de decisão (ponderação de interesses) para os casos em que não há evidência quanto ao sucesso da pretensão a formular no processo principal, o legislador veio prever no artigo 120.º do CPTA a seguinte solução: não se configurando a «situação de evidência», prevista no artigo 120.º, n.º 1 a), em que se contempla a realização de um exame de conclusência completo (ainda que provisório), é possível ao tribunal realizar um juízo de subsunção limitado, que pode ser mais ou menos intenso consoante esteja em causa o decretamento de uma ou de outra providência cautelar (nos termos do art. 120.º, n.º 1, b), c) e n.º 2), sendo certo que em qualquer caso tal operação é combinada com uma operação de ponderação de interesses. Assim, enquanto que para o decretamento da providência conservatória, o tribunal deve considerar suficiente a aparência de não mau direito — *o fumus non mali iuris*²⁵ —, porque a solução para a causa deve permanecer sempre em aberto, para o decretamento da antecipatória o tribunal deve apreciar o *fumus* («aparência de direito») na sua formulação positiva. E, assim, uma vez que deve, em termos sumários, subsumir os factos provados ao direito material, esse exame só pode ir até onde lhe permita apurar a existência do direito invocado pelo requerente, de tal modo que, em termos de convicção, o juiz conclua que a pretensão jurídica obterá provavelmente sucesso na causa principal. Ou, por outras palavras, o exame de conclusência não é completo porque haverá ponderação obrigatória de interesses — e, se chega ser completo ele não é conclusivo, uma vez que ao juiz só é possível verificar em que termos a pretensão formulada ou a formular nesse processo principal virá a ser julgada procedente.

Enfim, tendo possibilidade de desenvolver esse raciocínio, que aqui fica a meio, tal levar-nos-ia a concluir que é somente por causa deste aspecto, um aspecto que somente se verifica nos processos sumários cautelares, que se justifica a incompletude do julgamento da questão jurídica, visto que quanto ao julgamento da matéria de facto, ele é completo, ainda que incida sobre material probatório instruído e produzido sumariamente, ou seja, ainda que incida sobre um material probatório quantitativamente reduzido. Claro está, de

²⁵ A expressão usada no texto, «*fumus non mali iuris*», cuja formulação atende ao facto de o adjectivo *malus* se apresentar declinado no genitivo — *mali*, tal como o substantivo, *iuris* — é empregue na doutrina espanhola por M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar...* cit., p. 111.

acordo com o mesmo raciocínio que aqui não pode ser desenvolvido, o mesmo já não acontece nos demais processos urgentes, nem mesmo em relação ao processo cautelar com antecipação do juízo sobre a causa principal, uma vez que, aqui, a manifesta urgência na antecipação total do julgamento da *quaestio iuris* o exige. Assim, se deveria perceber finalmente o que significa *summatim cognoscere* na justiça administrativa.

Bibliografia

AROSO DE ALMEIDA, Mário, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.^a ed., Coimbra, 2005

AROSO DE ALMEIDA, Mário/CADILHA, Carlos, *Comentário ao código de processo nos tribunais administrativos*, 2.^a ed. Coimbra, 2007

CAUPERS, João, *Introdução ao direito administrativo*, 8.^aed, Lisboa, 2005

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário/ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004

FREITAS DO AMARAL, Diogo, «As providências cautelares no novo contencioso administrativo», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 43, 2004, pp. 4 ss.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo e urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra, 2009

—/— «As (in)justiças do artigo 121.º do CPTA: depressa e bem há pouco como», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 67, 2008, pp. 63 ss.

—/— «Contencioso administrativo e contencioso administrativo autárquico: resenha dos casos urgentes mais recentes», *Direito Regional e Local*, 00, 2007

—/— «O contencioso dos contratos da Administração Pública: notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006 (tb. publicado in *Revista do Ministério Público*, n.º 108, 2006, pp. 151 a 196)

—/— «Verdade e verosimilhança: o (provável) erro de CALAMANDREI», *Boletim da Faculdade de Direito* (da Universidade de Coimbra), n.º 81, 2005, pp. 633 a 671

—/— «Indeferimento da condenação (cautelar) à emissão de parecer: porque o céu não é o limite», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 52, Julho/Agosto, 2005

—/— «O processo cautelar comum no novo contencioso administrativo: por novos caminhos de tempo dividido», *Scientia Iuridica*, Maio-Agosto, 2004, Tomo LIII, n.º 299, pp. 237 a 286

—/— «A garantia do prazo razoável: o juiz de Estrasburgo e o juiz nacional», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 44, Março/Abril, 2004, pp. 56 a 67

—/— *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo (função e estrutura)*, Lisboa, 2004

—/— *Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, Coimbra, 2002

—/— «Suspensão da expropriação da Quinta dos Milagres: Uma aguarela de mil cores inacabada...», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 30, Novembro/Dezembro, 2001

—/— «A urgência na reforma do processo administrativo», in: *Reforma do Contencioso Administrativo. O debate Universitário*, Vol. I, Ministério da Justiça, 2000 (Também publicado, com algumas alterações, na *Scientia Iuridica*, Janeiro/Junho, n.ºs 283/285, 2000, pp. 85 a 104)

—/— «Para uma nova tutela cautelar na justiça administrativa. Prólogo de uma batalha...», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 8, Março/Abril, 1998

GARCIA, Maria da Glória, «Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo», *Separata de Direito e Justiça*, Volume X, Tomo, 1, 1996

GOMES, Carla Amado, «O regresso de Ulisses: um olhar sobre a reforma da justiça cautelar administrativa», *CJA*, 39, 2003, pp. 3 ss.

—/— «Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, 2003, pp. 541 e ss.

GONÇALVES, Pedro, «Contencioso administrativo pré-contratual», CJA, 44, 2004, pp. 3 ss.

MAÇÃS, Fernanda, «As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in: *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 209 ss.

—/— «Meios urgentes e cautelares — Perplexidades quanto ao sentido e alcance de alguns mecanismos de tutela urgentes», in: *A nova justiça administrativa, Trabalhos e conclusões do seminário comemorativo do 1.º ano de vigência da reforma do contencioso administrativo*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 2006, pp. 93 ss.

MARTINS, Ana Gouveia, *A tutela cautelar no contencioso administrativo. Em especial, nos procedimentos de formação dos contratos*, Coimbra, 2005

PEREIRA DA SILVA, Vasco, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise — Ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*, Coimbra, 2005

ROQUE, Miguel Prata, *Reflexões sobre a reforma da tutela cautelar administrativa*, Coimbra, 2005

SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Direito do contencioso administrativo*, Lisboa, 2005

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A justiça administrativa (lições)*, 9.ª ed., Coimbra, 2007

—/— «A tutela cautelar», CJA, n.º 34, 2002, pp. 45 ss.

—/— «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», RLJ, ano 134.º, 2001, n.º 3929, pp. 226 ss.

Processo Executivo

Pedro Machete¹

O tema do «processo executivo» ganhou uma importância acrescida na última reforma do contencioso administrativo. É um tema vasto e complexo: muitos dos processos tramitados nos tribunais administrativos, sob a designação de «executivos», não são processos administrativos; e muitos dos que são processos administrativos não são verdadeiramente processos executivos. Procurarei dar uma «visão panorâmica» sobre a matéria, acompanhando o texto legal, e depois focar algumas questões particulares. A exposição seguirá a seguinte ordem:

- § 1.º - Significado e importância do processo administrativo executivo
- § 2.º - Especificidades do processo administrativo executivo
- § 3.º - Pressupostos e estrutura geral do processo administrativo executivo
- § 4.º - Execução para prestação de factos ou de coisas
- § 5.º - Execução para pagamento de quantia certa
- § 6.º - Execução de sentenças de anulação de actos administrativos

§ 1.º - Significado e importância do processo administrativo executivo

1. «Executar» significa etimologicamente fazer aquilo que se contém numa coisa principal. De acordo com um significado jurídico corrente, a execução corresponde à actividade de realizar qualquer coisa já existente em abstracto (v.g. executar uma lei). Caso esteja em causa um dever jurídico, a sua execução ou cumprimento significa a modificação da realidade de modo a obter o resultado prático visado com a imposição do mesmo dever. Do ponto de vista processual, o «processo executivo» visa a execução forçada de um dever constante de um título.

Na verdade, embora de um modo geral os deveres sejam cumpridos voluntariamente, importa prevenir a possibilidade de assim não acontecer. Nessa situação são de considerar três hipóteses: nada fazer, a execução imposta pelo próprio credor (sistema

¹ Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

de justiça privada) e a imposição pelo poder público (sistema de justiça pública). Na primeira hipótese, o direito permanece letra morta; na segunda, o direito é imposto pelo próprio interessado, o que cria o risco de abusos; e na última, é um terceiro imparcial que força o cumprimento do dever.

Num Estado de Direito as pessoas não podem resolver os seus litígios pela própria força, é necessário recorrer a um terceiro imparcial, o Estado de forma a resolver o litígio. O Estado dispõe da força e está obrigado a respeitar os direitos fundamentais dos litigantes. Quanto mais o Estado impede os particulares lesados com a agressão alheia, não os deixando recorrer à força para fazerem valer os seus direitos, maior é a responsabilidade do mesmo Estado de repor a paz jurídica perturbada: se quem é lesado no seu direito se vê impedido pelo Estado de agir directamente na defesa desse direito, o mesmo lesado tem de poder fazer agir o Estado no seu próprio interesse. O direito de acção é, assim, uma pretensão dirigida ao Estado para que restabeleça a paz jurídica e, consoante o fim do autor, pode ter por objecto acções declarativas ou acções executivas.

2. Quem queira realizar uma pretensão substantiva contra outrem é remetido para o processo declarativo a fim de obter uma sentença condenatória que a titule, confirmando-a e tornando-a exigível coercivamente. Somente com base no título executivo pode o credor exigir ao Estado que force o devedor inadimplente a cumprir. Existe um título, um documento que comprova a existência do dever e que define o fim e os limites das acções executivas.

Assim, o processo declarativo destina-se à clarificação jurídica do litígio e à protecção do devedor contra uma execução coerciva injustificada. É assim que as coisas se passam no processo civil: o Estado intervém numa primeira fase para clarificar do ponto de vista jurídico a situação litigiosa e também para acautelar os direitos fundamentais daquele sobre quem recai a obrigação e que alegadamente não a cumpre, para que o mesmo não seja confrontado imediatamente com a força pública a executar coercivamente o seu dever e, ao invés, tenha a possibilidade de se defender no âmbito do processo declarativo.

A sentença condenatória, por sua vez, coloca o poder coercivo do Estado na disponibilidade do credor em vista da efectiva realização do seu direito subjectivo. O poder em causa é actuado mediante o processo executivo. A finalidade deste é, com efeito, forçar alguém a fazer algo que não quer fazer.

Na síntese do art. 2.º-1 do CPC, “*a protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar*”. A possibilidade de fazer executar as sentenças condenatórias é uma componente da garantia da tutela jurisdicional. E as “*acções executivas [são] aquelas em que o autor requer as providências adequadas à reparação efectiva do direito violado*” (art. 4.º-3 do CPC).

3. Este modelo de plena jurisdicionalização dos litígios vale, por imposição constitucional, igualmente para os litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, mesmo quando se pretende fazer valer um direito subjectivo público (arts. 268.º-4 e 2.º da CRP e do CPTA, respectivamente). Cabe aos tribunais administrativos a última palavra sobre a existência e satisfação daqueles direitos, devendo para o efeito julgar “*do cumprimento pela Administração das normas e princípios que a vinculam*” (art. 3.º-1 do CPTA). Por isso, as suas decisões são obrigatórias e prevalecem sobre quaisquer outras (art. 205.º-2 da CRP e art. 158.º-1 do CPTA).

Enquanto decisões jurisdicionais, as mesmas, desde que exequíveis, podem ser executadas a pedido do interessado (art. 205.º-3 da CRP). Com efeito, “*os tribunais administrativos asseguram [...] a execução das suas sentenças, designadamente daquelas que proferem contra a Administração, seja através de sentença que produza os efeitos do acto administrativo devido, quando a prática e o conteúdo deste acto sejam estritamente vinculados, seja providenciando a concretização material do que foi determinado na sentença*” (art. 3.º-3 do CPTA; v. também o art. 4.º-1, al. n), do ETAF). O legislador chama a atenção para os aspectos mais importantes do processo executivo, mas o que vale é a cláusula geral.

O legislador teve ainda o cuidado de dotar os mesmos tribunais dos poderes adequados a garantir a efectividade da tutela que devem dispensar: “*os tribunais administrativos podem fixar oficiosamente um prazo para o cumprimento dos deveres que imponham*

à Administração e aplicar, quando tal se justifique, sanções pecuniárias compulsórias” (art. 3.º-2 do CPTA).

Deste modo, e em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva, não só o processo administrativo comporta, ao lado dos pedidos de simples apreciação e constitutivos, pedidos de condenação num *facere* ou num *non facere*, como o resultado prático visado por este último tipo de pedidos pode, em princípio, ser obtido pelo particular credor através do recurso ao tribunal que tenha condenado a Administração (a distinção entre deveres positivos e negativos tem importância a propósito das acções inibitórias e das condições em que as mesmas podem ser executadas).

§ 2.º - Especificidades do processo administrativo executivo

4. O processo administrativo executivo tem por objecto a execução de títulos de que resultem direitos para um particular (exequente) relativamente à Administração (executada), *maxime* das sentenças proferidas pelos tribunais administrativos contra entidades públicas. Conforme resulta do art. 157.º-2 do CPTA, nem todos os processos executivos tramitados nos tribunais administrativos seguem o regime do CPTA: no que se refere às sentenças proferidas pelos tribunais administrativos contra particulares, a sua tramitação corre os seus termos nos tribunais administrativos, mas obedece à disciplina consignada no CPC.

Por outro lado, o CPTA consagra duas formas de processo executivo em sentido próprio (a execução para prestação de facto ou de coisa e a execução para pagamento de quantia certa) e uma forma de processo que, embora seja crismada como a «execução de sentença», na realidade é uma acção declarativa que pode redundar em processos executivos. Na verdade, há que distinguir a execução de sentenças proferidas em processos impugnatórios – uma tutela objectiva e meramente cassatória, correspondente ao tradicional contencioso de anulação – da execução com base em títulos executivos, mormente as sentenças condenatórias da Administração.

Em virtude da diversidade de pedidos não impugnatórios (arts. 37.º-2, 108.º, 110.º-5 e 127.º, todos do CPTA) e das múltiplas possibilidades de cumulação de pedidos impugnatórios com pedidos não impugnatórios (arts. 4.º-2, 63.º-1 e 95.º- 3 a 6, todos do CPTA), e, bem assim, do alargamento da tutela cautelar, o segundo tipo de execuções tem vindo a registar uma importância crescente. Quanto ao primeiro tipo, importa considerar, quer a sua própria natureza mista, quer as particularidades decorrentes do dever de ponderar o interesse público na fase de execução, o qual, por via do instituto da causa legítima de inexecução, determina a estrutura do processo executivo e pode justificar modificações objectivas do mesmo.

5. A anulação de actos administrativos – e o mesmo vale para a sua declaração de nulidade ou inexistência ou para a declaração de ilegalidade sem força obrigatória geral de normas cujos efeitos se produzam independentemente da prática de um acto administrativo – determina a eliminação retroactiva de uma dada regulação jurídica (ou o reconhecimento da sua ineficácia jurídica), pelo que, à primeira vista parece tratar-se de acções meramente constitutivas: nada há a executar, uma vez que os efeitos de tal eliminação se produzem apenas no plano jurídico; a regulação que existia é eliminada. Do ponto de vista da legalidade, tal seria suficiente. Porém, os interesses de quem impugna e a própria reposição da legalidade exigem frequentemente que a realidade material constituída com base na regulação eliminada seja modificada de modo a traduzir a nova situação jurídica: além da eliminação da regulação, há também que reconstituir a situação modificada de acordo com a regulação eliminada). É preciso não esquecer que os actos administrativos, a menos que seja pedida e obtida a suspensão da sua eficácia, não deixam de produzir efeitos até que sejam anulados (e, na prática, o mesmo vale para os casos em que à sombra do acto nulo se tenham criado situações de facto).

Deste modo, as sentenças que julgam procedentes os pedidos anulatória, além do *efeito constitutivo* (a eliminação da regulação) podem ter também um *efeito reconstitutivo* – aquele que decorre da ripristinação da situação modificada pela regulação eliminada e, bem assim, do cumprimento dos deveres entretanto não observados por causa da dita regulação: a reconstituição da situação hipotética actual – aquela que existiria, caso o acto anulado não tivesse sido praticado. Por outro lado, a obrigatoriedade da sentença

anulatória (art. 158.º do CPTA) pode determinar um *efeito conformativo* da conduta administrativa futura, porquanto a Administração fica impedida de renovar o acto anulado ou declarado nulo com os mesmos vícios conhecidos e julgados procedentes pelo tribunal – as causas de invalidade a que se refere o artigo 95.º-2 do CPTA. Quando é anulado um acto administrativo, ele é anulado com fundamento numa ou mais causas de invalidade e, portanto, nem todas as anulações precluem a possibilidade de o acto ser renovado, tudo depende dos fundamentos concretamente considerados pelo tribunal. A administração tem de considerar aquele efeito conformativo.

Estes efeitos «ultraconstitutivos», conjugados com o princípio da separação de poderes, impõem à Administração o dever de reexaminar a situação de facto à luz da lei aplicável e da própria sentença, e de agir em conformidade:

“Sem prejuízo do eventual poder de praticar novo acto administrativo, no respeito pelos limites ditados pela autoridade do caso julgado, a anulação de um acto administrativo constitui a Administração no dever de reconstituir a situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado, bem como de dar cumprimento aos deveres que não tenha cumprido com fundamento no acto entretanto anulado, por referência à situação jurídica e de facto existente no momento em que deveria ter actuado” (art. 173.º-1 do CPTA).

Ou seja, a execução de tais sentenças não se limita a extrair consequências materiais de deveres jurídicos já definidos na própria sentença – não é uma execução em sentido estrito; o respectivo objecto é, num primeiro momento, apreciar se a Administração cumpriu correctamente o seu dever de retirar as consequências jurídicas e materiais devidas em função da decisão da acção impugnatória – é, em rigor, uma acção declarativa complementar que, por sua vez, e num segundo momento, pode culminar numa decisão com efeitos condenatórios (art. 179.º-1 do CPTA).

6. Quanto à presença do interesse público no âmbito da execução das sentenças anulatórias, a mesma é patente no instituto da «causa legítima de inexecução. Esta corresponde a uma facticidade invocada pela Administração e admitida por acordo com o interessado ou reconhecida por decisão judicial que, em virtude de uma impossibilidade absoluta ou por estar em causa um grave prejuízo para o interesse

público, justifica o não cumprimento do dever de execução, obrigando, no entanto, ao pagamento de uma indemnização compensatória ao titular do direito à execução. O *dever de reconstituição* ou de satisfação do próprio interesse lesado, mediante uma execução *proprio sensu* (no caso de estar em causa o cumprimento de uma obrigação positiva) ou a reconstituição (no caso de estar em causa o cumprimento de uma obrigação negativa), é convertido num *dever de compensação* (cfr. o princípio geral do art. 566.º-1 do CC).

A impossibilidade absoluta (ou impossibilidade material) é apreciada de forma objectiva e a sua relevância como fundamento da compensação a atribuir ao titular do direito à execução decorre da circunstância de tal impossibilidade ser ulterior à ilegalidade cometida pela Administração: o risco de uma eventual impossibilidade corre por conta desta, uma vez que o que está em causa é o seu dever de reconstituir uma situação que foi modificada ilegalmente. A transferência do risco é consequência de um anterior comportamento ilegal.

Diversamente, o grave prejuízo para o interesse público corresponde a uma válvula de segurança do sistema enformada pelo princípio da proporcionalidade: admite-se que excepcionalmente este princípio possa impor um sacrifício especial ao titular do direito à execução, em ordem a salvaguardar interesses públicos ou interesses de eventuais terceiros de boa fé, devendo tal sacrifício ser compensado pelo pagamento de uma quantia em dinheiro.

§ 3.º - Pressupostos e estrutura geral do processo administrativo executivo

7. Entre os pressupostos processuais do processo administrativo executivo, cumpre destacar:
 - (i) O título executivo;
 - (ii) O Incumprimento do dever de execução espontânea e a tempestividade da petição de execução;
 - (iii) A competência do tribunal;
 - (iv) A legitimidade activa e passiva.

(i) O título executivo

Em primeiro lugar, importa considerar as *sentenças proferidas pelos tribunais administrativos contra entidades públicas* (art. 157.º-1 CPTA), em princípio, já transitadas em julgado (art. 160.º CPTA). A expressão «entidades públicas» deve ser entendida no sentido de abranger também sujeitos de direito privado que no plano substantivo tenham exercido uma actividade de gestão pública, a função administrativa (v.g. o concessionário de obras públicas ou de serviços públicos é, para este efeito, uma entidade pública). Por outro lado, também relevam os acórdãos do STA ou dos tribunais centrais administrativos em que estes tenham decidido em primeira instância (arts. 24.º, n.º 1 alíneas a) a c), e 37.º, alínea c), do ETAF) ou, ainda, outros títulos executivos judiciais (despachos e outras decisões de autoridades judiciais que condenem no cumprimento duma obrigação – art. 48.º-1 CPC). Em particular, cumpre não esquecer as sentenças proferidas por tribunais arbitrais, nos casos em que seja admissível o recurso à arbitragem (arts. 180.º e 181.º do CPTA e art. 26.º-2 da 31/86, de 29 de Agosto).

Em segundo lugar, é título executivo o *acto administrativo inimpugnável de que resulte um direito para um particular* (art. 157.º-3 I CPTA). O acto administrativo é dotado de executividade, constitui um título executivo, desde logo, contra os próprios particulares (art. 149.º-1/2 CPA), O CPTA reconhece a executividade dos actos administrativos, agora não contra os particulares, mas contra as entidades públicas. A inimpugnabilidade é aferida nos termos do art. 58.º-2, alínea b), do CPTA – prazo mais longo. A acção executiva com base no título em apreço pode ser pedida pelo beneficiário do acto: pensemos no interessado directo que viu reconhecido o seu direito a uma subvenção ou o direito à adjudicação num concurso; mas também o contra-interessado para quem do acto em causa resulte um direito correlativo do dever imposto pelo acto: por exemplo, num caso em que tenha sido ordenada a demolição administrativa de uma construção e a Administração não a execute, pode o vizinho, se lhe tiver sido reconhecido um direito à demolição da obra pedir a execução desse acto e que a Administração cumpra o seu dever de executar aquele acto).

Finalmente, a lei considera *outros títulos executivos* passíveis de serem accionados contra a Administração (art. 157.º-3 II CPTA), nomeadamente os referidos no art. 46.º-1 do

CPC. Deve entender-se que esta abertura está condicionada por aquilo que se diz nos arts. 1.º e 4.º do ETAF, ou seja, trata-se de títulos executivos que tenham sido constituídos no quadro de relações integradas no âmbito da jurisdição administrativa, não uma letra ou um cheque sem mais.

Vamos concentrar-nos na execução de sentenças proferidas pelos tribunais administrativos.

(ii) O Incumprimento do dever de execução espontânea e a tempestividade da petição de execução

A execução de sentenças é um dever da Administração: por lei, tem o dever de espontaneamente, sem ser convidada a fazê-lo, a providenciar no sentido de ou serem extraídas as consequências da dita sentença ou de a realidade material ser transformada em conformidade com a sentença. Há um período de tempo durante o qual a Administração pode escolher o momento para o fazer ou, se for o caso, para invocar um impedimento à execução, ou seja, a causa legítima de inexecução. Esse período tem a duração máxima de 3 meses (arts. 162.º-1 e 175.º-1 CPTA), salvo nos casos em que esteja em causa o pagamento de uma quantia certa, hipótese em que o prazo de execução espontânea é de 30 dias (art. 170.º-1 CPTA). Decorrido esse prazo ou invocada a causa legítima de inexecução, o interessado tem um prazo de 6 meses para pedir a execução (arts. 164.º-2, 170.º-2 e 176.º-2 CPTA).

Estes prazos são importantes, porque houve uma modificação significativa relativamente ao regime anterior. Colocam-se três questões: a natureza do prazo de execução espontânea (como se conta); a natureza do prazo para pedir a execução; e as consequências do decurso do prazo para pedir a execução.

A execução espontânea corresponde a um dever da administração, pelo que o prazo respectivo é de natureza procedimental, ou seja, conta-se nos termos do art. 72.º-1.º do CPA (dias úteis – Acs. STA-P, 25.1.2006, P. 24690; e STA, 2.2.2006, P. 48017-A). No que se refere ao prazo para pedir a execução, está em causa o exercício de um direito por parte do interessado, pelo que tal prazo reveste natureza substantiva – é um prazo de caducidade (art. 298.º-2 CC; quanto à contagem, v. arts. 279.º e 296.º do mesmo

diploma - Acs. STA-P, 12.12.2001, P. 26025-A; e STA, 2.2.2006, P. 48017-A). Mas a Administração continua obrigada a executar. Deste modo, o único meio de defesa do particular que deixe caducar o direito de pedir a execução é a responsabilidade civil (art. 159.º-1 CPTA), sendo necessário considerar a sua própria culpa na ocorrência da caducidade. A razão de ser destes prazos, que correm sucessivamente, e, de facto, aceleraram as coisas, é o objectivo de uma rápida estabilização das situações jurídicas.

Estes sucessivos automatismos podem criar dificuldades. O prazo de execução espontânea conta-se a partir do trânsito em julgado, cuja determinação, na prática, nem sempre é óbvia; depois, há o prazo de execução espontânea que também é corrido, quer dizer, não sofre interrupções, conta-se em dias úteis; logo a seguir tem início o prazo para pedir a execução. Há, por isso, quem avenge a possibilidade de se aplicar neste contexto o regime do erro desculpável ou do erro induzido pela Administração, nos termos do art. 58.º-4 do CPTA (VIEIRA DE ANDRADE).

(iii) A competência do tribunal

Quanto ao tribunal competente, vale aqui a competência residual: portanto, salvo indicação em contrário, são competentes os tribunais administrativos de círculo (art. 44.º-1 ETAF; o STA é competente para a execução das decisões que tenha proferido em primeira instância, art. 24.º-1, alínea d), ETAF).

(iv) A legitimidade activa e passiva

Não há regras específicas em matéria de legitimidade activa e passiva. Têm legitimidade activa os que tiverem obtido ganho de causa na acção declarativa; relativamente à legitimidade passiva, vale a disciplina do art. 10.º do CPTA, ou seja, quem tem legitimidade passiva nos processos administrativos é a própria pessoa colectiva ou o ministério no âmbito da Administração central e, portanto, o executado também é a pessoa colectiva ou o ministério. Isto sem prejuízo de, para certos efeitos, ser necessário determinar qual o órgão dentro da pessoa colectiva ou dos ministérios competente para praticar determinados actos necessários à execução. Os arts. 162.º-2 e 174.º do CPTA – que revestem a natureza de preceitos substantivos – concretizam tal ideia.

8. Quanto à estrutura geral do processo administrativo executivo, devemos ter presente a mudança significativa que ocorreu em relação ao antigo regime do DL 256-A/77 e da LPTA. Aí – além de somente se prever a execução de sentenças anulatórias – a Administração tinha 30 dias, a contar do trânsito em julgado, para proceder à execução espontânea; e, na falta desta, o interessado tinha 3 anos para requerer a execução ao autor do acto anulado. Só na sequência deste requerimento começava a correr novo prazo para a Administração proceder à execução voluntária. No primeiro caso, falava-se em execução espontânea, porque, por sua iniciativa, a Administração procedia à execução; execução voluntária no segundo caso, porque, embora sem ser necessário dar início ao processo de execução, a Administração era instada pelo particular a proceder á execução. A fase judicial só se iniciava com o pedido de declaração de inexistência de causa legítima de inexecução, ou, caso o particular concordasse com a causa invocada, de fixação de indemnização. Portanto, entrava-se logo na apreciação da declaração de inexistência de causa legítima de inexecução. Não se verificando tal causa, era fixado o conteúdo da execução à semelhança do que acontece hoje; verificando-se que existia uma causa legítima de inexecução, era fixada uma indemnização.

No âmbito do CPTA – e relativamente a todos os processos executivos previstos – não é autonomizada qualquer fase administrativa: a Administração dispõe, isso sim, de um período para proceder à execução espontânea. Findo este sem que haja execução, o interessado pode dirigir-se ao tribunal e dar início ao processo executivo. O prazo de execução espontânea aumentou significativamente – passou de 30 dias para 3 meses, em regra -; e houve uma diminuição do prazo para apresentar a petição de execução: como referido, agora são seis meses.

Durante o prazo para a execução espontânea de uma sentença a Administração pode adoptar uma de três atitudes fundamentais: executar a sentença; justificar a sua inexecução; ou pura e simplesmente não executar.

Na medida em que exista execução espontânea, o processo executivo não se chega a iniciar.

Se o exequente concordar com a existência da causa legítima de inexecução invocada pela Administração, pode *pedir a fixação da indemnização devida*, a título de responsabilidade por facto lícito, sendo nesse caso aplicável o disposto no art. 166.º do CPTA (cfr. arts. 164.º-6 e 176.º-7 do mesmo diploma).

Caso a Administração não tenha pura e simplesmente procedido à execução espontânea, ou no caso de o exequente discordar da causa legítima de execução invocada, este pode dar início ao processo de execução mediante a apresentação de uma *petição de execução* no tribunal competente. Aqui é necessário distinguir consoante se trate de um verdadeiro processo executivo - o que só se verifica nos casos de execução para prestação de facto ou de coisa ou para pagamento de quantia certa -, ou não.

No âmbito dos primeiros, a Administração é notificada para executar a sentença ou deduzir a sua oposição. Se executar, o processo termina aí. Se nada fazer, o tribunal adopta as providências necessárias para efectivar a execução da sentença (arts. 167.º-1 e 172.º-1 CPTA). Mas se deduzir *oposição*, a execução suspende-se (arts. 165.º-2 e 171.º-3 CPTA) e inicia-se um subprocedimento de carácter declarativo tendo em vista a *decisão da oposição*: réplica do exequente, eventuais diligências instrutórias e decisão (arts. 165.º-3/4/5 e 171.º-4/5 CPTA). A execução só retoma o seu curso, uma vez julgada improcedente a oposição.

Nos processos de execução de sentenças anulatórias, depois de apresentada a petição de execução, o tribunal notifica a Administração e os contra-interessados a quem a satisfação da pretensão possa prejudicar para *contestarem* (art. 177.º-1 CPTA). Aqui não há suspensão da execução, porque do que se trata é de um processo declarativo tendo em vista (i) a especificação, no respeito pelos espaços de valoração próprios da função administrativa, do conteúdo dos actos e operações a adoptar para dar execução à sentença; (ii) a identificação do órgão ou órgãos administrativos responsáveis pela sua adopção; e (iii) a fixação do prazo em que os referidos actos e operações devem ser praticados (art. 179.º-1 CPTA). Tal processo integra, a seguir à contestação, réplica do exequente, eventuais diligências instrutórias e decisão.

§ 4.º - Execução para prestação de factos ou de coisas

9. A execução para prestação de factos ou de coisas encontra-se regulada nos arts. 162.º a 169.º do CPTA. No caso do processo administrativo executivo existem algumas particularidades relativamente à disciplina homóloga do CPC.

Em primeiro lugar, no que se refere ao objecto, há que distinguir a entrega de coisas e as prestações de facto fungível das prestações de facto infungível e, dentro destas, as de facto positivo das de facto negativo. Relativamente às primeiras, o tribunal pode proceder à entrega judicial da coisa devida ou determinar a prestação do facto devido por outrem, em termos similares aos previstos no CPC (art. 167.º-5 CPTA). Já quanto às segundas, não podem ser adoptadas providências estruturalmente executivas. Aliás, as prestações de facto negativo, em rigor, nem sequer são susceptíveis de execução forçada.

Em segundo lugar, é admitida a invocação de causa legítima de inexecução (art. 163.º CPTA – aliás, os mesmos fundamentos justificam, na pendência do processo declarativo a modificação objectiva da instância (art. 45.º-1 CPTA).

10. Se o facto devido consistir na prática de um acto administrativo, a lei prevê, desde logo, a notificação dos órgãos com poderes hierárquicos ou de superintendência sobre o órgão competente para a prática do acto para dar execução à sentença em substituição deste (art. 167.º-2 CPTA). Tal pressupõe naturalmente a possibilidade de exercer a competência primária. Por outro lado, a lei admite, relativamente aos actos administrativos devidos de conteúdo vinculado, a emissão de sentença que produza os efeitos do acto ilegalmente omitido (art. 167.º-6 CPTA).

Já quanto aos actos administrativos devidos cuja prática envolva valorações próprias do exercício da função administrativa e, bem assim, quanto às operações materiais infungíveis, vigora o regime especial dos arts. 168.º e 169.º do CPTA: *fixação de um prazo* e, caso tal não tenha sido feito na sentença condenatória, imposição de uma *sanção pecuniária compulsória*. Expirando o prazo fixado sem que a Administração tenha

cumprido, pode o exequente requerer ao tribunal a fixação da indemnização devida a título de responsabilidade civil por inexecução ilícita da sentença, seguindo-se os trâmites do art. 166.º-2 do CPTA: na falta de acordo, diligências instrutórias seguidas da fixação do montante da indemnização devida.

11. As *acções inibitórias* suscitam, como referido, dificuldades. Fala-se numa acção inibitória quando se pede ao tribunal que condene a um facto negativo, à abstenção de comportamentos, designadamente, a condenação da administração à não emissão de um acto administrativo quando seja provável a emissão de um acto lesivo. É uma modalidade de tutela preventiva que hoje se encontra prevista nos arts. 3.º-2, alínea c) e 37.º-2, alínea c) ambos do CPTA. As sentenças em causa têm também uma natureza *constitutiva e determinativa* devendo a solução para assegurar o respeito pelas mesmas ser encontrada no quadro actual.

Se estiver em causa a abstenção da prática de um acto administrativo, a situação é fácil: há uma violação do caso julgado e o acto será, em princípio, nulo (art. 158.º-2 CPTA). A execução da sentença consistirá, então, no pedido de declaração de nulidade. Mas são concebíveis, outras situações e soluções que passem por especificar as operações necessárias à reconstituição *ex ante*, à semelhança do que sucede no CPC quando se fala na demolição duma construção (art. 941.º-1, alínea a). Ou então, a cessação da conduta proibida, ou a proibição da sua renovação e finalmente a destruição do resultado. Nestes casos a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias pode revelar-se particularmente eficaz (cfr. arts. 3.º-2 e 44 CPTA).

12. No que se refere às principais peças do processo, cumpre indicar a petição de execução e a decisão.

A primeira tem um conteúdo necessário (actos e operações em que a execução), a que pode acrescer um conteúdo facultativo, e, caso tenha sido invocada causa legítima de inexecução, deve indicar as razões da discordância (art. 164.º-4/5 CPTA).

No caso da decisão, além de deverem ser adoptadas as providências necessárias para efectivar a execução da sentença, são declarados nulos os actos desconformes com a sentença e anulados aqueles que mantenham, sem fundamento válido, a situação ilegal (art. 167.º-1 CPTA). Esta última referência é uma expressão do *princípio da plenitude do processo de execução* e visa acautelar as situações em que a administração, parecendo que cumpre a sentença, faz uma execução aparente: por exemplo, estando em causa a classificação obtida por alguém num concurso de pessoal, a Administração corrige a pontuação de todos os candidatos e na prática a ordenação dos candidatos é a mesma. Com efeito, o citado princípio garante que todos estes problemas possam ser discutidos e decididos no âmbito da execução.

§ 5.º - Execução para pagamento de quantia certa

13. Na execução para pagamento de quantia certa o exequente pode pedir a compensação do seu crédito com eventuais dívidas que o onerem para com o executado (a mesma pessoa colectiva ou o mesmo ministério) ou o pagamento por conta de uma dotação orçamental inscrita à ordem do CSTAF (art. 170.º-2 CPTA). A Administração não pode invocar causa legítima de inexecução; apenas pode defender-se com fundamento em facto superveniente, modificativo ou extintivo da obrigação (mesmo a inexistência de verba ou cabimento orçamental não constitui fundamento de oposição - (art. 171.º-1/2 CPTA).

Todo o processo executivo está neste caso orientado no sentido de assegurar que a exequente receba efectivamente aquilo a que tem direito: quando tenha sido requerida a compensação de créditos entre exequente e Administração obrigada, o juiz decreta a compensação, funcionando esta decisão como título de pagamento da dívida que o exequente tinha para com a Administração (art. 172.º-2 CPTA); ou, sendo caso disso, o juiz dá conhecimento ao CSTAF da sentença e da sua inexecução para que este emita, no prazo de 30 dias, a correspondente ordem de pagamento por conta da dotação à ordem do dito Conselho e afecta ao pagamento de quantias devidas a título de cumprimento de decisões jurisdicionais (art. 172.º-4 CPTA). Em caso de insuficiência, admite-se que o exequente requeira ao tribunal o seguimento da

execução, aplicando o regime da execução para pagamento de quantia certa disciplinado no CPC (art. 172.º-8 CPTA).

§ 6.º - Execução de sentenças de anulação de actos administrativos

14. Na execução de sentenças de anulação de actos administrativos o interessado pretende que a Administração traduza, em termos de facto e de direito, a modificação operada pela sentença, praticando os actos administrativos e as operações materiais necessárias para o efeito. É esse o conteúdo do dever de executar aqui em causa (art. 173.º CPTA). O processo destinado a fazer cumprir este dever tem natureza declarativa e corresponde a uma fase complementar das acções administrativas especiais de impugnação. O seu objecto principal consiste nos aludidos efeitos «ultraconstitutivos» das sentenças anulatórias e, bem assim, na apreciação de eventuais causas legítimas de inexecução invocadas pela Administração: o tribunal é chamado a pronunciar-se sobre o dever da Administração de extrair as consequências da sentença, as quais podem justificar decisões condenatórias da Administração. Se assim acontecer, as mesmas são executadas segundo as formas do processo executivo já analisadas (execução para prestação de factos ou de coisas e execução para pagamento de quantia certa). Em suma, a sentença anulatória não é, em rigor, um título executivo; é um ponto de partida para uma acção declarativa complementar no quadro da qual se pode chegar a uma decisão que, essa sim, reveste as características de um título executivo.

O art. 47.º-2, alínea b), do CPTA admite hoje, a título facultativo, a consideração logo no pedido inicial da acção declarativa daqueles efeitos «ultraconstitutivos» - pelo menos, dos que possam ser antecipados (e os arts. 44.º e 45.º do CPTA também são aplicáveis no âmbito desta acção administrativa especial ex vi art. 49.º). Mas, justamente porque é facultativo, não fica precluída a possibilidade de as mesmas pretensões serem accionadas no âmbito do processo de execução da sentença de anulação (art. 47.º-3 CPTA). E, se tal ocorrer, a apreciação das mesmas nesse processo também tem natureza declarativa.

De resto, a petição de execução no processo de execução de sentenças de anulação de actos administrativos – que é apresentada pelo «autor» e não pelo «exequente» - pode

conter *pedidos de condenação* da Administração ao pagamento de quantias pecuniárias, à entrega de coisas, à prestação de factos ou à prática de actos administrativos (art. 176.º-3 CPTA). A decisão judicial do art. 179.º vem responder a este pedido, compreendendo-se, por isso, as condenações previstas nos seus n.ºs 4, 5 e 6.

Revisitando a Tramitação da Acção Administrativa Especial

João Raposo¹

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. Sede legal da matéria e âmbito de aplicação da tramitação da acção administrativa especial

Diversamente daquilo que se passa com a acção administrativa comum – cuja tramitação é a do processo de declaração do Código de Processo Civil, nas formas ordinária, sumária e sumaríssima (artigo 42.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos) –, a acção administrativa especial tem uma tramitação própria, tributária, em parte, do modelo do recurso contencioso de anulação da antiga Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, e respectivo Regulamento, e do Código Administrativo, dirigido às manifestações de um poder público de autoridade².

Sob a epígrafe *Marcha do processo*, a tramitação da acção administrativa especial constitui objecto do Capítulo III do Título III (artigos 78.º a 96.º) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterada pela última vez pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro. Mas com interesse directo ou indirecto para esta matéria, cumpre não descurar a *Parte Geral* deste – que se ocupa, sucessivamente, de disposições fundamentais, das partes, da competência do tribunal, dos actos processuais, e do valor das causas e das formas de processo –, bem como, em sede de *disposições gerais* respeitantes à acção administrativa especial, os artigos 46.º (objecto, com indicação dos pedidos principais admissíveis), 47.º (cumulação de pedidos), 48.º (processos em massa) e 49.º (que manda aplicar às sentenças proferidas neste âmbito as regras dos artigos 44.º e 45.º relativas à acção administrativa comum em matéria de fixação de prazo para o cumprimento de deveres por parte da Administração e

¹ Mestre em Direito. Advogado.

² Conforme se respiga da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 92/VIII, «No plano da tramitação da acção administrativa especial, procedeu-se, em diversos aspectos, a uma aproximação às soluções do processo civil, sem prejuízo das especialidades provenientes do modelo do recurso contencioso de anulação que se entendeu justificado manter por estarem directamente relacionadas com a circunstância de o processo se reportar à prática ou omissão de manifestações do poder público, por regra associadas a um procedimento administrativo e, por outro lado, relacionadas com interesses públicos cuja tutela no processo merece especial atenção». O âmbito da acção administrativa especial não se esgota, porém, no contencioso de anulação de actos e normas, compreendendo também os pedidos de condenação à prática de actos devidos e de declaração da ilegalidade de omissão regulamentar.

imposição de sanção pecuniária compulsória, bem como modificação objectiva da instância); e, ainda, em sede de *Disposições particulares*, dos artigos 61.º a 65.º (a propósito da impugnação de actos administrativos), 70.º (alteração da instância na acção de condenação à prática de acto devido) e 71.º (poderes de pronúncia do tribunal nos mesmos processos). Sublinhe-se ainda que, para além da sua aplicação directa à acção administrativa especial, as regras de tramitação de que aqui nos vamos ocupar são também aplicáveis, com algumas especialidades, a outros processos, como é o caso do contencioso eleitoral (artigo 99.º, n.º 1) e do contencioso pré-contratual (artigo 102.º, n.º 1), podendo ainda, se a complexidade da matéria o justificar, ser mandadas aplicar pelo juiz à intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias (artigo 110.º, n.º 3). Bem assim, se a pedidos cumulados corresponderem diferentes formas de processo, este segue a da acção administrativa especial, com as necessárias adaptações, conforme se prescreve no artigo 5.º, n.º 1, do código.

AS FASES DO PROCESSO

É possível distinguir na tramitação da acção administrativa especial estabelecida pelo CPTA cinco fases ou momentos processuais, correspondentes ao itinerário completo ou geral do processo: fase dos articulados; saneamento; instrução; discussão e julgamento.

2. A fase dos articulados

Os articulados da acção administrativa especial são, em regra, a *petição inicial* e a *contestação*. Em certas situações podem ser apresentados pelas partes *articulados supervenientes*, a que poderá ser contraposta *resposta*.

A lei não prevê réplica (nem tréplica) na acção administrativa especial. No entanto, se forem invocadas questões que obstem ao conhecimento do objecto do processo, o tribunal, no respeito pelo contraditório, ouvirá necessariamente o autor antes de proferir o despacho saneador [cfr. artigo 87.º, n.º 1, alínea a), do CPTA].

2.1. A propositura da acção: a petição inicial

Conforme se dispõe no artigo 78.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a instância constitui-se com a propositura da acção; e esta considera-se intentada com a recepção da petição inicial na secretaria do tribunal a que é dirigida ou com a respectiva remessa a juízo, nos termos em que é admitida na lei processual civil – ou seja, e preferencialmente, por transmissão electrónica de dados, valendo como data da prática do acto processual a da respectiva expedição; ou mediante remessa pelo correio, sob registo, ou envio através de telecópia, valendo então como data da prática do acto, respectivamente, a da efectivação do registo postal e a da expedição, conforme se dispõe no artigo 150.º, n.º 2, alíneas b) e c), do Código de Processo Civil (CPC).

No tocante às menções obrigatórias da petição inicial, e em consonância com o disposto no artigo 467.º deste, acrescentaram-se ao elenco das constantes do artigo 36.º da antiga Lei de Processo nos Tribunais Administrativos para os recursos de anulação a indicação do valor da causa [que releva para determinar se o processo é julgado em tribunal singular ou em formação de três juízes e, bem assim, se é admissível recurso da sentença proferida em primeira instância, e de que tipo – cfr. artigos 31.º, n.º 2, alíneas b) e c), do código e 40.º, n.º 3, do novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais; e ainda para efeitos de custas]; a indicação da forma do processo³; e a indicação dos factos a provar (juntando os documentos que desde logo os provem ou informando que os mesmos constam do processo administrativo).

Com vista a permitir a desejável celeridade processual, sobretudo nas acções de menor complexidade, o n.º 4 do artigo 78.º do CPTA confere ao autor a faculdade de requerer no seu articulado inicial a dispensa da produção de prova e da apresentação de alegações finais, as quais não terão lugar se a entidade demandada, na sua contestação, convier expressamente na dispensa ou nada disser em contrário (artigo 83.º, n.º 2).

Sendo obrigatória a constituição de advogado nos processos da competência dos tribunais administrativos (cfr. artigo 11.º, n.º 1), e sem prejuízo das regras próprias da representação da Administração Pública nestes processos (cfr. artigo 11.º, n.ºs 2 a 5), a petição deve ser instruída com procuração forense e, bem assim, com documento comprovativo do prévio pagamento da taxa de justiça ou da concessão de apoio judiciário (artigos 79.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Nos n.ºs 3 a 5 deste mesmo preceito consagram-se algumas especialidades em matéria de instrução da petição inicial. Assim, sendo pedida a declaração de inexistência jurídica de um

³ *Especial* ou *urgente*, pois como se referiu a tramitação da acção administrativa especial aplica-se também a alguns processos urgentes (cfr. artigos 99.º, n.º 1, 102.º, n.º 1, e 110.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

acto administrativo, deve o autor produzir ou requerer a produção da prova da respectiva aparência; e sendo pedida a condenação à prática de acto devido, deve o autor instruir a petição com documento comprovativo do indeferimento, caso tenha existido, ou, na falta de acto expresso, com cópia do requerimento apresentado, recibo ou outro documento comprovativo da entrada do respectivo original nos serviços competentes.

À semelhança daquilo que se passa no processo civil (cfr. artigo 474.º do CPC), a secretaria deve recusar o recebimento da petição inicial, justificando-a por escrito, nos casos previstos no n.º 1 do artigo 80.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Atenta a remissão para a lei processual civil feita no n.º 2 deste preceito, da recusa de recebimento cabe reclamação para o juiz, cabendo sempre agravo do despacho que confirme o indeferimento (independentemente, portanto, do valor da causa), como resulta do artigo 475.º, n.ºs 1 e 2, do CPC. Por outro lado, tem-se por segura a aplicabilidade à acção administrativa especial do benefício concedido ao autor pelo artigo 476.º do Código de Processo Civil, que consiste na apresentação de outra petição inicial ou de junção do comprovativo do prévio pagamento da taxa de justiça dentro dos dez dias subsequentes à recusa de recebimento ou de distribuição da petição ou à notificação da decisão judicial que a haja confirmado, valendo como data da propositura da acção aquela em que a primeira petição foi apresentada.

2.2. A distribuição

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos dedica apenas um artigo (26.º) à distribuição, fixando a respectiva periodicidade e os critérios que a ela presidem, no respeito pelos princípios da imparcialidade e do juiz natural. Assim, a distribuição tem lugar diariamente, com observância dos critérios da espécie do processo, carga de trabalho dos juízes e respectiva disponibilidade para o serviço. Se no tribunal considerado houver um mínimo de três juízes afectos à apreciação de cada tipo de matéria, atender-se-á igualmente a essa especialização.

Cabe ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais estabelecer os critérios que devem presidir à distribuição de processos, conforme decorre do disposto nos artigos 26.º, alínea a), do CPTA e 74.º, n.º 2, alínea o), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

2.3. A citação da entidade demandada e dos contra-interessados e a notificação do Ministério Público

Tal como acontece no processo civil (cfr. artigo 479.º do respectivo código), uma vez recebida a petição inicial cabe à secretaria promover a citação da entidade demandada e dos contra-interessados, se existirem, para contestarem (artigo 81.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Isso significa que, em regra, o processo só é concluso ao juiz depois da apresentação da contestação ou decorrido o respectivo prazo.

No entanto, e conforme visto, pode acontecer que o juiz seja chamado a decidir a reclamação da eventual recusa de recebimento da petição inicial pela secretaria. Por outro lado, quando existam mais de 20 contra-interessados, o tribunal pode promover a citação destes mediante a publicação do anúncio a que se refere o n.º 1 do artigo 82.º. Bem assim, tratando-se de processo de declaração com força obrigatória geral da ilegalidade de uma norma, o juiz, no despacho que ordene ou dispense a citação da entidade demandada, mandará publicar anúncio da formulação do pedido pelo meio e no local utilizados para dar publicidade à norma, com vista a permitir a intervenção de eventuais contra-interessados (n.º 5).

Aquando da citação da entidade demandada e dos contra-interessados, é fornecida ao Ministério Público cópia da petição e dos documentos que a instruem (salvo, naturalmente, se este figurar no processo como autor), de modo a permitir-lhe a sua intervenção nos autos, nos termos que adiante veremos.

2.4. A contestação da entidade demandada e dos contra-interessados. O envio do processo administrativo.

O prazo de contestação é de 30 dias, correndo em simultâneo para a entidade demandada e os contra-interessados (artigo 81.º, n.º 1, do CPTA). Existindo, porém, motivo ponderoso que impeça ou dificulte anormalmente a organização da defesa, esse prazo poderá ser prorrogado pelo tribunal até ao limite de mais 30 dias, precedendo requerimento nesse sentido, ao abrigo do n.º 5 do artigo 486.º do CPC.

Os n.ºs 2 e 3 do artigo 81.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos contemplam os casos de *citação errónea de órgão da entidade demandada, por motivo imputável ao autor*. Nessa eventualidade (por exemplo, na petição inicial o autor indicou como autor do acto impugnado um director-geral quando, afinal, se trata de um acto do ministro, sendo,

por tal motivo, a citação feita na pessoa do primeiro; ou nomeou como autor da decisão o chefe da secretaria da câmara municipal, quando o acto foi praticado por um vereador, sendo que, por essa razão, citado foi aquele e não este), o órgão efectivamente citado deve dar conhecimento imediato do processo ao autor do acto, beneficiando a entidade demandada de um prazo suplementar de 15 dias para contestar a acção.

Cumprе sublinhar que este regime não se aplica aos casos de *ilegitimidade passiva*, isto é, aqueles em que a acção administrativa especial foi erroneamente proposta contra uma pessoa colectiva ou ministério diferentes daquele a cujos órgãos é imputável a acção ou omissão (cfr. artigo 10.º, n.ºs 2, 3 e 5, nomeadamente, do CPTA). Nessa eventualidade, a entidade demandada deverá arguir a excepção de ilegitimidade passiva, seguindo-se os demais trâmites (*v.g.*, despacho de aperfeiçoamento, nos termos do artigo 88.º, n.º 2).

A entidade demandada deve deduzir na contestação toda a matéria relativa à defesa, juntando os documentos para demonstração dos factos cuja prova se propõe fazer (artigo 83.º, n.º 1). Se for caso disso, deverá tomar posição sobre o requerimento do autor de dispensa de prova e alegações finais (n.º 2 do mesmo preceito).

À falta de contestação ou de impugnação especificada seguem-se as consequências previstas no n.º 4 do artigo 83.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: a mesma não importa confissão dos factos articulados pelo autor, mas o tribunal aprecia livremente essa conduta para efeitos probatórios (artigo 83.º, n.º 4).

No artigo 8.º, n.º 3, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos consagra-se o dever de remessa ao tribunal, em tempo oportuno, do processo administrativo e demais documentação respeitante à matéria do litígio por parte da entidade demandada. O envio deve ter lugar com a contestação ou dentro do respectivo prazo, dando-se conhecimento da junção a todos os intervenientes no processo (artigo 84.º, n.ºs 1 e 6). Sem prejuízo da sua requisição pelo tribunal, o processo administrativo pode ser substituído por fotocópias autenticadas, devidamente ordenadas (artigo 84.º, n.º 3). Na falta de envio tempestivo do processo administrativo sem justificação aceitável, e para além da efectivação da responsabilidade que ao caso couber, poderá ser imposta pelo tribunal uma sanção pecuniária compulsória (n.º 4 do artigo 84.º).

Quais as consequências dessa falta para a tramitação da acção? Com vista a obviar à demora do processo, o código estatui que a mesma não impede o prosseguimento dos autos, acarretando uma importante consequência desfavorável para a entidade que lhe deu causa: se a omissão tiver tornado a prova impossível ou de dificuldade considerável, consideram-se provados os factos invocados pelo autor (n.º 5 do artigo 84.º).

Entretanto, os contra-interessados têm direito de consulta do processo administrativo com vista à apresentação da sua própria contestação. Nos termos do n.º 5 do artigo 83.º do CPTA, se a consulta não lhes tiver sido facultada durante o prazo da contestação, o juiz deverá autorizar a apresentação da contestação no prazo de 15 dias a contar da notificação da respectiva junção aos autos.

2.5. Articulados supervenientes

Nos n.ºs 1, 2, 5 e 6 do artigo 86.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que correspondem, com as devidas adaptações, aos números homólogos do artigo 506.º do Código de Processo Civil, admite-se, em certos casos, a apresentação de articulados supervenientes. Porém, em vez do despacho liminar sobre a admissão do articulado superveniente previsto no artigo 506.º, n.º 4, do CPC, o n.º 4 do artigo 86.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos incumbe a secretaria de proceder, de imediato, à notificação das partes para responderem (e, naturalmente, também do Ministério Público, para o exercício dos poderes de intervenção de que dispõe), só depois se decidindo da admissibilidade do articulado – solução para a qual, todavia, não se encontra especial vantagem.

2.6. A intervenção do Ministério Público

Nos dez dias subsequentes à notificação da junção aos autos do processo instrutor ou, não havendo lugar a esta, da apresentação das contestações (n.ºs 5 do artigo 85.º e 6 do artigo 84.º), pode o Ministério Público (i) solicitar a realização de diligências instrutórias, (ii) pronunciar-se sobre o mérito da causa, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou dos valores ou bens constitucionalmente protegidos, e (iii), no caso dos processos impugnatórios, invocar causas de invalidade diversas daquelas que tenham sido arguidas pelo autor ou quaisquer questões determinantes da nulidade ou inexistência do acto impugnado (artigo 85.º, n.ºs 2 a 4). Do exercício de tais poderes serão as partes imediatamente notificadas (n.º 5, *in fine*).

Como faz notar Mário Aroso de Almeida, este artigo introduz significativas limitações aos poderes de intervenção do Ministério Público, em comparação com aquilo que, para o recurso contencioso, decorria do artigo 27.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, modificando a própria natureza dessa intervenção.

Com efeito, «*Em primeiro lugar, e ao contrário do que sucedia com o artigo 27.º, alínea c), da LPTA, o artigo 85.º, n.º 2, não fala genericamente da emissão de um “parecer sobre a decisão final a proferir” pelo tribunal. O Ministério Público não pode, assim, aconselhar a emissão de uma decisão de mera forma, que não se pronuncie sobre o mérito da causa. Aliás, o Ministério Público deixa de poder intervir em defesa da chamada legalidade processual, para o efeito de suscitar a regularização da petição, exceções, nulidades e quaisquer questões que obstem ao prosseguimento do recurso e de se pronunciar sobre questões dessa natureza que não tenha suscitado (possibilidade anteriormente prevista no artigo 27.º, alínea a), da LPTA) (...).*»

Por outro lado, a “*pronúncia sobre o mérito da causa*” a que se reporta o artigo 85.º, n.º 2, só pode ser emitida (...) “*em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º*”. Ao contrário do que anteriormente sucedia, no âmbito das vistas inicial e final (previstas nos artigos 42.º e 53.º da LPTA), que eram momentos obrigatórios da tramitação do recurso contencioso, a intervenção do Ministério Público não tem, pois, lugar em todos os processos. Pelo contrário, o Ministério Público só está habilitado a pronunciar-se sobre o mérito da causa, aconselhando o tribunal a decidi-la em determinado sentido, quando se preenchem os pressupostos do artigo 85.º, n.º 2 (...).»

E daí a conclusão: «*Neste ponto radica a mudança de natureza da intervenção do Ministério Público, que só passa a ter lugar quando ele se sinta mobilizado para o efeito pela natureza das questões envolvidas (...). Há-de tratar-se, por isso, de uma intervenção que não ocorre por dever de ofício, mas que apenas tem lugar nos processos que, pela natureza das questões que se colocam, de acordo com o disposto no artigo 85.º, n.º 2, justifiquem que o Ministério Público lhes dedique a sua atenção.*»⁴.

Seja como for, o Ministério Público conserva o poder de assumir a posição de autor, requerendo o prosseguimento de processo que tenha terminado por desistência ou outra circunstância própria do autor, conforme se dispõe no artigo 62.º do código.

3. A fase do saneamento do processo

3.1. O despacho saneador

Uma vez concluída a fase dos articulados – e sem que se preveja a realização da audiência preliminar do artigo 508.º-A do Código de Processo Civil – , entra-se imediatamente no saneamento do processo.

⁴ O *Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 251-252 (existe uma reimpressão de 2007).

Assim, uma vez concluso o processo ao juiz ou relator, este profere despacho saneador em três situações (artigo 87.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos): (i) quando lhe cumpra conhecer de questões que obstem ao conhecimento do objecto do processo; (ii) quando conheça do mérito da causa ou de alguma excepção peremptória; e (iii) quando determine a abertura de um período de produção de prova.

Vejamo-las separadamente.

As questões que obstam ao prosseguimento do processo devem ser decididas no despacho saneador, dessa forma se obviando aos transtornos que, no passado, o respectivo relegar para momento ulterior (*maxime*, para a decisão final) causava. A enumeração, meramente exemplificativa, dos fundamentos do não prosseguimento do processo consta do artigo 89.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, equivalente ao artigo 494.º do Código de Processo Civil. As questões que não forem apreciadas no despacho saneador já não podem ser ulteriormente suscitadas nem decididas; e as ali decididas não podem ser reapreciadas (salvo, naturalmente, por via de recurso), conforme se dispõe no n.º 2 do artigo 87.º do CPTA.

O conhecimento (total ou parcial) do mérito da causa, se o estado do processo o permitir, tem lugar no despacho saneador sempre que o autor tenha requerido, sem oposição dos demandados, a dispensa de alegações finais; bem assim, o conhecimento de eventuais excepções peremptórias tem lugar após audição do autor, pelo prazo de 10 dias.

Finalmente, quando o processo haja de prosseguir e subsista matéria de facto controvertida, cabe ao juiz ou relator determinar, no despacho saneador, a abertura de um período de produção de prova (v. artigo 90.º).

3.2. O suprimento de excepções dilatórias e o despacho de aperfeiçoamento dos articulados

Os princípios da tutela jurisdicional efectiva e da promoção do acesso à justiça inspiram um conjunto de soluções do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de suprimento de excepções dilatórias e de correcção, oficiosa ou provocada, dos articulados.

Assim, no exercício do poder de direcção do processo acolhido no artigo 265.º do Código de Processo Civil, o juiz, nos termos do disposto no artigo 88.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, deve procurar *corrigir oficiosamente* deficiências ou irregularidades de carácter formal que detecte nas peças processuais – e, desde logo, na petição inicial. Se, todavia, a correcção oficiosa não for viável, proferirá *despacho de*

aperfeiçoamento, com vista ao suprimento de excepções (quando, naturalmente, estas forem susceptíveis de sanção ⁵) e à correcção, pela parte, das imperfeições do seu articulado, no prazo de 10 dias (n.º 2). Na falta de suprimento ou correcção, segue-se a absolvição da instância, sem ulterior possibilidade de substituição daquele (n.º 4).

Já a absolvição da instância sem prévio despacho de aperfeiçoamento – porque o juiz considerou a deficiência ou irregularidade irremediáveis – confere ao autor a possibilidade de, no prazo de 15 dias contados da notificação dessa decisão, apresentar nova petição inicial, «*com observância das prescrições em falta*», atendendo-se para efeitos de tempestividade da acção à data de apresentação da primeira (n.º 2 do artigo 89.º do código). Caso, todavia, subsista na petição corrigida o fundamento determinante da decisão de não prosseguimento do processo, não é admissível segunda substituição (n.º 4 do mesmo artigo).

Finalmente, no caso particular da acção contra um acto de indeferimento, haverá lugar a convite para substituição da petição se o autor apenas tiver deduzido um pedido anulatório (artigo 51.º, n.º 4, do CPTA). Tal convite destina-se a permitir-lhe a formulação do pedido adequado, que é o de condenação à prática do acto devido (cfr. artigo 67.º, n.º 1); e se o mesmo for correspondido, proceder-se-á a nova citação da entidade demandada e dos contra-interessados para contestarem.

3.3. A fase da instrução

3.1. Dos meios de prova

Como se viu, cabe às partes indicar nos seus articulados os actos cuja prova se propõem fazer [cfr. artigos 78.º, n.º 1, alínea l), e 83.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos]; o Ministério Público pode requerer a realização de diligências instrutórias (artigo 85.º, n.º 2); se o processo houver de prosseguir e a matéria de facto alegada ainda se mostrar controvertida, o juiz determinará a abertura da instrução, fixando no despacho saneador um período de produção de prova [artigo 87.º, n.º 1, alínea c)]; e, em homenagem ao princípio do inquisitório, pode, bem assim, ordenar as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade (artigo 90.º, n.º 1; cfr. artigo 265.º, n.º 3, do Código de Processo Civil).

⁵ Tal não será, naturalmente, o caso das excepções das alíneas c) – com a ressalva de ter havido o erro a que alude o n.º 4 – , h) e i) do n.º 1 do artigo 89.º do CPTA, bem como da incompetência do tribunal por a questão não caber no âmbito da jurisdição administrativa.

Em matéria de produção de prova aplica-se o regime da lei processual civil (cfr. artigos 513.º a 645.º do CPC) – o que constituiu um importante progresso no sentido do reforço da tutela jurisdicional efectiva. No entanto, quando tal for claramente desnecessário, o juiz ou relator pode indeferir requerimentos dirigidos à produção de prova ou recusar a utilização de certos meios desta, mediante decisão fundamentada (artigo 90.º, n.º 2).

E bem se compreende que assim seja: na verdade, em processos em que predomina a prova documental, o requerimento de outro tipo de prova – especialmente, testemunhal – pode constituir um mero expediente dilatório, motivo pelo qual a solução do legislador se mostra «plenamente justificável, em ordem aos elementares princípios da economia e celeridade processuais»⁶.

3.2. Dos casos de instrução diferida

A instrução realiza-se, em regra, num *único* momento processual, independentemente, portanto, dos pedidos formulados pelo autor.

Todavia, no caso particular da cumulação do pedido de condenação da Administração à prática de actos ou à realização de prestações com o pedido principal de reconhecimento da ilegalidade de acção ou omissão (cfr. artigos 46.º, n.º 2, 47.º e 4.º do CPTA), a instrução pode ter lugar *faseadamente*, iniciando-se com a destinada a esclarecer as questões respeitantes ao pedido principal e só posteriormente se realizando a respeitante ao pedido cumulado (artigo 90.º, n.º 3) – e podendo, até, não chegar a realizar-se se, entretanto, o tribunal concluir pela improcedência do pedido principal (n.º 4).

Está-se em presença de uma solução que bem se compagina com o princípio da adequação formal, inscrito no artigo 265.º-A do Código de Processo Civil.

4. A fase da discussão

4.1. A audiência pública

Como sublinha Mário Aroso de Almeida, «É de realçar o importante passo de introduzir a oralidade no contencioso administrativo português, domínio do qual esse elemento era tradicionalmente arredado»⁷.

⁶ Fernandes Cadilha, *Reflexões sobre a marcha do processo*, in *Reforma do Contencioso Administrativo – Trabalhos Preparatórios – O Debate Universitário*, Vol. I, Lisboa, 2000, p. 254, reproduzido nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 60-70.

⁷ *Op. cit.*, p. 260.

No artigo 91.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos prevê-se a realização de uma *audiência pública*, a qual pode ter lugar oficiosamente ou precedendo requerimento das partes.

Assim, uma vez concluída a produção de prova, pode o juiz ou relator, sempre que a complexidade da matéria o justifique, determinar a respectiva realização – sendo que, neste caso, a audiência se destinará exclusivamente à discussão oral da matéria de facto (artigo 91.º, n.º 1).

Mas a audiência pública pode também ter lugar a pedido de qualquer das partes, destinando-se então, para além da discussão da matéria de facto, à dedução oral de alegações de direito (n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo). O tribunal pode, no entanto, recusar a sua realização, mediante despacho fundamentado, se entender que a diligência não se justifica, em virtude de a matéria de facto provada documentalmente não ser controvertida.

4.2. As alegações escritas

Não havendo lugar à realização de audiência pública por iniciativa das partes, e não tendo estas prescindido da apresentação de alegações escritas, são notificadas para as apresentarem: trata-se, no entanto, de alegações *facultativas*. O prazo para o efeito é de 20 dias, que corre primeiro para o autor e, depois, simultaneamente, para a entidade demandada e os contra-interessados, se existirem (artigo 91.º, n.º 4, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

De acordo com os n.ºs 5 e 6 do artigo 91.º, nas alegações o autor pode alargar a causa de pedir, invocando fundamentos novos, de conhecimento superveniente, e, bem assim, pode restringi-la expressamente; e pode também ampliar o pedido, nos mesmos termos em que é admitida a modificação objectiva da instância (cfr. artigo 63.º). Nas alegações devem formular-se conclusões.

5. A fase do julgamento

5.1. O julgamento, em geral

Terminada a discussão sobre a matéria de facto e de direito, o processo é concluso ao juiz ou relator, tendo, neste último caso, lugar a vista simultânea aos juízes-adjuntos – salvo

dispensa do relator, quando a simplicidade da causa for evidente (n.º 1 do artigo 92.º). Para tanto, é fornecida cópia das pertinentes peças processuais a cada juiz-adjunto (n.º 2).

5.2. As formações ordinárias de julgamento nos diversos tribunais administrativos

No Supremo Tribunal Administrativo e no Tribunal Central Administrativo, o julgamento em secção compete ao relator e a dois juízes; e o julgamento no pleno, ao relator e aos demais juízes em exercício na secção (artigos 17.º, n.ºs 1 e 2, 34.º e 35.º, n.ºs 1 e 2, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais), sendo as decisões, em ambos os casos, tomadas em conferência (artigos 17.º, n.º 5, e 35.º, n.º 2).

Já os tribunais administrativos de círculo julgam, de facto e de direito, através de juiz singular (n.º 1 do artigo 40.º do referido estatuto) – salvo, para aquilo que ora releva, nas acções administrativas especiais de valor superior à alçada dos tribunais administrativos de círculo (que corresponde à dos tribunais judiciais de primeira instância, conforme se dispõe no artigo 6.º, n.º 3, do mesmo diploma), em que o julgamento da matéria de facto e de direito cabe a uma formação de três juízes (n.º 3 do artigo 40.º). Este sistema fica a dever-se ao facto de terem sido transferidas para os tribunais de círculo competências que, no passado, se encontravam atribuídas, em primeira instância, a tribunais superiores.

5.3. Julgamento em formação alargada e reenvio prejudicial para o Supremo Tribunal Administrativo

Nos tribunais administrativos de círculo intervirão, porém, no julgamento todos os juízes se o presidente do tribunal, por razões atinentes ao *thema decidendum*, assim o determinar, ou se a situação processual o impuser.

Com efeito, em determinadas situações – questão de direito nova, que suscite dificuldades sérias e se possa vir a colocar noutros litígios – , a lei confere ao presidente o poder de determinar que o julgamento se faça em formação alargada, sendo o quórum de dois terços dos juízes do tribunal (artigos 41.º, n.º 1, do estatuto de que se vem falando e 93.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Estando-se perante processos em massa (cfr. artigo 48.º do CPTA), o julgamento em formação alargada terá obrigatoriamente lugar (n.º 2 do artigo 41.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

Em alternativa ao julgamento em formação alargada, quando facultativo, o presidente do tribunal de círculo pode proceder ao reenvio prejudicial para o Supremo Tribunal Administrativo, a fim de que este, através do pleno da Secção de Contencioso Administrativo (cfr. artigo 25.º, n.º 2, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais), emita pronúncia vinculativa sobre a questão no prazo de três meses (artigo 93.º, n.º 1, do código, segunda parte). Trata-se, como se sabe, de um procedimento inspirado nos *avis* do Conselho de Estado francês, ampliado, em 2001, à *Cour de Cassation*⁸, cuja relevância no sentido da uniformização da jurisprudência administrativa não é desprecienda.

Como facilmente se compreende, o reenvio prejudicial – que, por natureza, não é admissível nos processos urgentes – pode ser liminarmente recusado, a título definitivo, pelo Supremo Tribunal Administrativo, em formação constituída por três juizes de entre os mais antigos da secção de contencioso administrativo, se não se encontrarem preenchidos os respectivos pressupostos ou a escassa relevância da questão não justificar a emissão de pronúncia (n.º 3 do artigo 93.º).

A pronúncia emitida pelo Supremo Tribunal Administrativo não o vincula para o futuro, quer em sede de reenvio, quer em sede de recurso (n.º 4).

5.4. O conteúdo da sentença

Do conteúdo da sentença ou acórdão se ocupa, em geral, o artigo 94.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, decalcado, no essencial, sobre o artigo 659.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil. Quando a questão de direito a resolver for simples ou a pretensão do autor manifestamente infundada, admite-se uma fundamentação sumária da decisão (n.º 3 do mencionado artigo 94.º).

Mais importante, a todos os títulos, é o regime consagrado no preceito seguinte, sob a epígrafe *Objecto e limites da decisão*.

Depois de estabelecer, como regra geral, que o tribunal deve decidir todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação – princípio da plenitude do julgamento –, não podendo ocupar-se, salvo quando a lei lhe permita ou imponha o conhecimento oficioso de outras, senão daquelas que hajam sido suscitadas, o código insere um conjunto de disposições relativas a certos processos de acção administrativa especial.

⁸ Maria da Glória Garcia, *As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efectividade dos direitos dos particulares*, in *Reforma do Contencioso Administrativo – Trabalhos Preparatórios - O Debate Universitário*, Vol. I, Lisboa, 2000, p. 352.

Assim, e desde logo, nos *processos impugnatórios*, o julgamento deve incidir sobre todas as causas de invalidade invocadas contra o acto impugnado (salvo se o tribunal não puder dispor dos elementos indispensáveis para o efeito); e estabelece-se o dever de identificação, pelo tribunal, da existência de outras, diversas das que tenham sido alegadas – neste caso, ouvidas as partes para alegações complementares, pelo prazo comum de 10 dias, se o respeito pelo princípio do contraditório assim o exigir (artigo 95.º, n.º 2, do CPTA).

Por outro lado, tendo havido *cumulação dos pedido de anulação ou de declaração de nulidade ou inexistência de acto administrativo e de condenação da Administração ao restabelecimento da situação que existiria se o acto impugnado não tivesse sido praticado* [cfr. artigos 4.º, n.º 2, alínea a), e 47.º, n.º 2, alínea b), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos], estabelece-se que, se a adopção da conduta devida envolver a formulação de valorações próprias da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permitir identificar apenas uma actuação como legalmente possível, o tribunal fica impedido de determinar o conteúdo da conduta a adoptar, cabendo-lhe, no entanto, explicitar as vinculações a observar pela Administração (n.º 3 do artigo 95.º).

Já se o quadro normativo permitir especificar o conteúdo dos actos e operações destinados a remover a situação directamente criada pelo acto impugnado, mas não resultarem do processo elementos de facto suficientes para realizar essa especificação, o tribunal notificará a Administração para apresentar proposta fundamentada sobre a matéria, no prazo de 20 dias, ouvindo-se, seguidamente, os demais intervenientes no processo (incluindo o Ministério Público). Por seu turno, o tribunal pode ainda ordenar as diligências complementares que considere adequadas para a decisão final (n.º 5).

Finalmente, estabelece-se no n.º 6 do mesmo artigo 95.º que, tendo sido apresentado pedido de indemnização por danos e não resultando do processo os elementos necessários à liquidação da indemnização, terá lugar uma fase complementar de audição das partes, por 10 dias cada, seguida da eventual realização de diligências destinadas a tornar possível essa liquidação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim brevemente sumariados os “passos” da acção administrativa especial, é altura de fazer um breve balanço do regime vigente.

Por ocasião da discussão pública do anteprojecto de reforma do contencioso administrativo, o Conselheiro Fernandes Cadilha apontava como quatro importantes factores de congestionamento do processo de recurso contencioso os seguintes:

«a) prazos processuais longos (correspondentes, designadamente no que se refere ao prazo de contestação, aos do processo declaratório civil);

b) dedução de defesa sucessiva da autoridade recorrida e dos recorridos particulares, na fase de contestação;

c) multiplicidade das fases de saneamento do processo;

d) obrigatoriedade de alegações finais, mesmo quando não tenha havido lugar a produção de prova»⁹.

Como cumpre reconhecer, na sua formulação, a tramitação estabelecida pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos veio, na maior parte dos casos, dar resposta adequada a essas disfuncionalidades que eram apontadas ao anterior contencioso administrativo.

Mas para a racionalidade e agilização do processo poderiam ainda concorrer, por exemplo, a admissão de réplica – de tal modo que, quando fosse concluso ao juiz ou relator, o processo já estivesse instruído com a pronúncia do autor acerca da matéria de excepção, dessa forma se poupando tempo e trabalho –, a faculdade de realização de audiência preliminar – pelos benefícios que a mesma pode trazer ao desenvolvimento da acção – e a consagração, com regra geral, da dispensa de alegações – salvo se o tribunal determinasse a sua apresentação ou alguma das partes a requeresse expressamente até ao termo da produção de prova.

Todavia, se se mantiverem as conhecidas deficiências em matéria de organização e funcionamento dos tribunais administrativos, também isso de pouco valerá.

Agosto de 2010

Bibliografia

- Almeida, Mário Aroso de, *O Novo Regime de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 4.^a ed., 2005 (reimp. 2007)
- Almeida, Mário Aroso de, e Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.^a ed. revista, 2010
- Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10.^a ed., Coimbra, 2009
- Brito, Wladimir, *Lições de Direito Processual Administrativo*, Coimbra, 2005

⁹ *Op. cit.*, pp. 247-248.

- Marques, Pedro Marchão, *A acção administrativa comum e a acção administrativa especial: algumas reflexões*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 76, Julho/Agosto de 2009
- Oliveira, Mário Esteves de, e Oliveira, Rodrigo Esteves de, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Vol. I, Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais – Anotados*, Coimbra, 2004
- Raposo, João, *A tramitação da acção administrativa especial*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 39, Maio/Junho de 2003
- Silva, Vasco Pereira da, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Coimbra, 2005

Reflexões breves sobre a acção pública e a acção popular na defesa do ambiente

Carla Amado Gomes¹

0. Questões prévias; 1. O juiz administrativo, *juiz natural* de acções promovidas por entidades investidas em legitimidade alargada para defesa do ambiente?; 2. O universo de entidades detentoras de legitimidade alargada; 3. As especialidades processuais das acções promovidas por entidades investidas em legitimidade alargada para defesa do ambiente; 4. Algumas questões avulsas

0. Acção pública e acção popular são realidades próximas. Uma apontada à defesa do interesse público, outra mais voltada para a defesa de interesses da colectividade, incidem ambas sobre grandezas maiores do que a capacidade de apropriação do sujeito individual. A protecção do ambiente traduz-se num interesse de preservação de um bem de fruição colectiva que se presta a ser defendido através de instrumentos de alargamento da legitimidade processual activa² — pois é disso, e não de vias processuais específicas, que se trata. Apesar da indefinição do bem jurídico *ambiente* que resulta da amálgama de objectivos reunidos nas várias alíneas do n.º 2 do artigo 66º da CRP — que retrata um nítido caso de *obesidade normativa* já por nós recenseado noutra local³ —, é possível, através da articulação com a Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 7 de Abril = LBA) discernir nos *bens ambientais naturais* a noção operativa de ambiente baralhada pela miopia do legislador constitucional.

Não cabe aqui explanar a nossa concepção restrita de ambiente, que corporiza uma compreensão relativamente singular na doutrina portuguesa — remetemos para estudos anteriores onde justificámos esta nossa opção, que insufla de sentido o artigo 66º e que sublinha a sua relação existencial com o artigo 52º/3/a) (ambos da CRP), emergente da

¹ Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

² Em geral sobre o problema da legitimidade popular no âmbito do Direito do Ambiente, podem ver-se Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, **Legitimidade processual e acção popular no Direito do Ambiente**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 409 segs; José LEBRE DE FREITAS, **A acção popular ao serviço do ambiente**, in *Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp.797 segs; António ALMEIDA, **A acção popular e a lesão dos bens ambientais**, in *Lusitana*, 2002/1-2, pp. 367 segs. Em especial sobre o problema dos efeitos das sentenças, José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, **Os efeitos da sentença na Lei de Acção Popular**, in *CEDOUA*, 1999/1, pp. 47 segs.

³ Veja-se o nosso **Constituição e ambiente: errância e simbolismo**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente (e matéria relacionadas)*, II, Lisboa, 2008, pp. 21 segs.

terceira revisão constitucional⁴. Mas é forçoso que se estabeleça como pressupostos do pensamento que iremos desenvolver, por um lado, e numa perspectiva positiva, *a natureza simultaneamente pública e colectiva do bem ambiente* — que resulta dos artigos 9º/e), 52º/3 e 66º/2 da CRP — e, por outro lado, e numa perspectiva negativa, *a não individualidade dos interesses defendidos* ou, por outras palavras, a insusceptibilidade de defender directamente o interesse ambiental através da legitimidade singular tradicional.

Dito isto, convém esclarecer também, em termos preliminares, que, salvo quando a particularidade da solução processual o justificar, trataremos legitimidade pública e popular como se de um único instituto se tratasse. Com efeito, quer o artigo 26ºA do CPC, quer o artigo 9º/2 do CPTA aliam Ministério Público e actores populares na lista de entidades com legitimidade para sindicar a defesa judicial de determinados interesses, embora remetam para a lei a fixação do regime concreto desta modalidade de intervenção processual. A excepção reside, precisamente, na Lei 83/95, de 31 de Agosto (=LAP), cujo artigo 2º/1 omite, enigmaticamente, a referência ao Ministério Público — apenas o artigo 16º o menciona, agindo em substituição do autor desistente, em homenagem à relevância social dos interesses em jogo⁵. Ausência tão mais singular quanto o caso seminal da jurisprudência ambiental portuguesa decidido pelo Tribunal Judicial de Coruche em 1990 — o *Caso das cegonhas brancas* (proc. 278/89, de 23 de Fevereiro) — resultou de uma iniciativa processual do Ministério Público...

Quiçá a ausência se deva ao facto de a LAP ser também aplicável ao procedimento administrativo (é também uma lei sobre participação procedimental) e, neste contexto, a figura da iniciativa pública ser ignorada — cfr. o artigo 53º/2 do CPA, que pré-existiu à LAP. No entanto, e sem pormos em causa o princípio da prioridade das iniciativas particular e popular no procedimento administrativo — um pouco pela natureza das coisas, outro tanto como forma de promover a democracia participativa —, sempre observaremos que a solução prevista no artigo 68º/1/c) do CPTA é passível de fundar a intervenção do Ministério Público no plano procedimental, ainda que a título subsidiário, quanto a actos vinculados cuja ilegal omissão pela Administração constitua ofensa de direitos fundamentais dos particulares, bem assim como de interesses públicos especialmente

⁴ Vejam-se os nossos **O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente; Ambiente (Direito do); e O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português**, todos em *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, I, reimp., Lisboa, 2008, pp. 7 segs, 73 segs, e 271 segs, respectivamente.

⁵ Idêntica estranheza revela António ALMEIDA, **A acção popular...**, *cit.*, p. 375.

relevantes e demais interesses reconduzíveis ao lote inscrito nos artigos 52º/3/a) da CRP, 1º/2 da LAP, e 9º/2 do CPTA⁶.

Cumpramos também assinalar que, devido ao contexto situacional desta intervenção — num seminário sobre *A nova intervenção da justiça administrativa* —, privilegiar-se-á a referência à utilização da legitimidade alargada em acções propostas nos tribunais administrativos. A lei, como se sabe, admite o recurso ao instituto em ambas as jurisdições, como a menção que fizemos *supra* aos dispositivos que consagram a figura no CPC e no CPTA demonstra, e o artigo 12º da LAP confirma. Não é esta, no entanto, a nossa preferência, uma vez que entendemos que, enquanto bem simultaneamente público e colectivo, o ambiente *qua tale* deve ser defendido junto da jurisdição com competência especializada para questões de direito público. Sobre este ponto, vale a pena deixar algumas linhas de maior desenvolvimento em **1.**

Depois de abordarmos o problema da jurisdição, convém debruçarmo-nos sobre a natureza dos sujeitos investidos em legitimidade popular — uma vez que são de vária ordem (**2.**). A heterogeneidade reclama algumas considerações, bem assim como a aparente reserva do direito a cidadãos no pleno gozo de direitos civis e políticos, ou a duvidosa exigência de um nexo de proximidade territorial entre o autor popular e o bem lesado.

As questões mais relevantes serão tratadas no ponto **3.** — nomeadamente as especialidades que a via da legitimidade popular traz, à luz da LAP. A (con)fusão que a LAP operou entre interesses difusos e interesses individuais homogêneos perturba a inteligibilidade das soluções.

Finalmente, equacionaremos de forma avulsa algumas dúvidas que o instituto da legitimidade popular particularmente nos suscita (**4.**).

1. Não pode afirmar-se que a nova legislação do contencioso administrativo tenha introduzido alterações substanciais na matéria da legitimidade popular, na medida em que o artigo 9º/2 do CPTA remete para a LAP a definição dos traços gerais do regime que especializa, em questões pontuais, o quadro traçado no CPTA (e no CPC, no que à acção administrativa comum concerne — cfr. o artigo 42º/1 do CPTA). Salvo, porventura, e no que tange ao ambiente, a correcção de um equívoco de há muito detectado por doutrina e jurisprudência através do artigo 6º da Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro: a revogação

⁶ Com efeito, a legitimidade processual reconhecida na disposição citada conduz necessariamente a admitir a legitimidade procedimental com vista à formação dos pressupostos de utilização da acção para a condenação à prática de acto devido, plasmados no artigo 67º/1 do CPTA.

substitutiva do artigo 45º da LBA, no sentido de o conformar ao parâmetro constitucional do artigo 212º/3 da CRP⁷. Com efeito, na versão original (de 1987), o artigo 45º da LBA reservava ao contencioso cível o julgamento das acções emergentes de litígios jusambientais, partindo de um pressuposto claramente personalista e privatista desta disciplina. Na versão actual, é a natureza da relação jurídica subjacente ao litígio que decidirá a questão da atribuição da jurisdição⁸.

Na sequência desta modificação, o artigo 4º/1/l) do ETAF dá um segundo passo na clarificação do que deve entender-se por relação jurídica administrativa no domínio da gestão de bens de fruição colectiva — mais vulgarmente designados por interesses difusos. A disposição aponta claramente um critério — o da *natureza do sujeito* — e indicia, numa leitura sistemática, outro — o da *natureza dos poderes desenvolvidos pelo sujeito*. Ou seja, numa primeira análise, cabe aos tribunais administrativos o julgamento de questões emergentes de comportamentos que consubstanciem lesão ou ameaça de lesão de bens ambientais levadas a cabo por entidades organicamente públicas, bem como de entidades que, muito embora revistam forma privada, desempenham funções materialmente administrativas.

Aqui chegados, pode questionar se no termo “violações” se compreendem apenas actuações de natureza activa, jurídicas e materiais, ou também comportamentos omissivos. Parece cristalino que esta segunda dimensão deve ser considerada; mas apenas para omissões directas dos poderes públicos (e equivalentes) ou também para omissões de fiscalização das actividades de entidades privadas? Repare-se que, se assim for, e por força da possibilidade de demanda conjunta de entidades públicas e privadas (cfr. o artigo 10º/7, mas também, com determinados pressupostos, o artigo 37º/3, ambos do CPTA), um privado que, por acção ou omissão viole normas de protecção de bens ambientais naturais, pode ser demandado nos tribunais administrativos, uma vez que estará consubstanciada uma relação jurídica administrativa na omissão indevida da entidade com competência fiscalizadora⁹.

⁷ Cfr. Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, **A competência material para a acção popular administrativa, Anotação ao Acórdão do Tribunal de Conflitos de 11 de Janeiro de 2000**, in *CJA*, nº 23, 2000, pp. 28 segs. Ver também os Acórdãos do mesmo Tribunal de 6 de Abril de 2000 (proc. nº 347) e de 28 de Novembro de 2000 (proc. nº 345).

⁸ Regressamos aqui a um ponto já objecto de reflexão anterior — cfr. Carla AMADO GOMES, **A ecologização da justiça administrativa: brevíssima nota sobre a alínea l) do nº 1 do artigo 4º do ETAF**, in *Textos...*, I, *cit.*, pp. 249 segs.

⁹ Cfr., todavia, o Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 9 de Dezembro de 2008 (proc. nº 17/08), no qual se afirmou que:

“Pese a peculiar natureza da acção popular, a que subjaz a defesa de interesses públicos, ainda que exercida por um particular, não pode considerar-se que esteja em causa uma relação de natureza administrativa, nem quanto aos sujeitos,

Esta afirmação ganha sentido quando contextualizamos a relação jurídica ambiental a partir de uma lógica de *proibição sob reserva de autorização*. A máxima de prevenção que norteia o Direito do Ambiente — e que o legislador constituinte não deixou de ressaltar na alínea a) do n.º 2 do artigo 66.º da Lei Fundamental — determina a necessidade de autorização da esmagadora maioria das intervenções susceptíveis de causar impactos relevantes no meio natural. Daí advém a natureza de *juiz natural* do julgador administrativo ambiental (passe o pleonasma): a relação jurídica terá normalmente por base um acto autorizativo — ou uma norma de um plano especial com suficiente densidade para dela resultarem vinculações específicas para os sujeitos —, cuja presença é susceptível de arrastar o litígio para os tribunais administrativos¹⁰.

Repare-se que, mesmo não sendo sindicada — num tribunal cível — a validade do acto mas *apenas e só* a ilicitude da conduta do titular da autorização, grande probabilidade existirá em que este se defenda alegando estar a agir à sombra de um acto conformador da sua actividade, chamando a Administração à demanda, facto que *poderá* gerar da parte do tribunal um convite à suspensão dos autos¹¹ e à propositura de uma acção administrativa especial com vista à declaração de nulidade do acto, cumulada com um pedido indemnizatório deduzido contra a Administração (cfr. o artigo 97.º/1 do CPC)¹². Perante a

nem quanto ao objecto, mau grado a conexão que existe com o interesse público e a defesa de interesses difusos que a acção postula.

(...)

O facto de a pretensão do autor ser exercida contra um particular, visando a defesa do que considere um bem do domínio público autárquico, não permite que se qualifique a relação jurídica como administrativa, o que exclui, desde logo, a competência da jurisdição administrativa”.

¹⁰ Contra: Acórdão do STA de 11 de Dezembro de 1995 (proc. n.º 96A483), relativo a um pedido de suspensão de actividade de venda de combustíveis licenciada, remetido para o tribunal comum; Acórdão do STJ de 23 de Outubro de 1997 (proc. n.º 98A200), caracterizando os tribunais comuns como competentes para avaliar a legalidade da decisão de localização de um centro de tratamento de resíduos (note-se que ambos os arestos foram prolatados em tempo de vigência da versão inicial do artigo 45.º da LBA; num caso idêntico ao segundo, o STJ, em Acórdão de 26 de Janeiro de 2006 - proc. n.º 05B3661 — entendeu ser a administrativa a jurisdição competente para apreciar a validade da decisão de localização, estabelecendo um diálogo com o Acórdão de 1997 que espelha bem a confusão que grassa no entendimento desta questão...).

A favor da solução indicada no texto, vejam-se os Acórdãos do Tribunal dos Conflitos de 11 de Dezembro de 2001 (proc. n.º 372), do STJ de 24 de Janeiro de 2002 (proc. n.º 01A3241) e do TCASul de 14 de Abril de 2005 (proc. n.º 632/05).

¹¹ Note-se que o princípio de que o juiz competente para a causa principal tem também competência para resolver, com efeitos restritos ao processo *sub judice*, questões prejudiciais — traduzido no artigo 97.º do CPC —, permite ao juiz cível como que avocar (ou ignorar) a dimensão administrativa da questão. No entanto, perante a máxima do artigo 212.º/3 da CRP, temos as mais sérias dúvidas de que, fora dos casos de nulidade do acto (que pode ser sindicada e declarada por qualquer tribunal), o juiz cível tenha competência para, mesmo restrito ao processo, pressupor a anulabilidade de um acto (descontado já o problema do prazo de impugnação, muito provavelmente já esgotado) e para decretar a efectivação de responsabilidade civil extracontratual da Administração solidária por acto de gestão pública...

¹² Ou uma acção administrativa comum de efectivação da responsabilidade da Administração abdicando de sindicá-la (por esgotamento do prazo de impugnação de actos anuláveis) a validade do acto — artigo 38.º/1 do CPTA.

inércia do autor, o tribunal cível apreciará o litígio na sua coloração puramente privatista¹³ e poderá até chegar à conclusão de que o réu age sem culpa por a ilicitude residir no padrão de actuação (no acto). O que obrigará o autor a propor nova acção, agora junto dos tribunais administrativos, contra a Administração... Ora, talvez mais valesse ter começado por aí.

Problemático (ou mais problemático) é saber se a publicização do litígio ocorre apenas em situações de pré-existência de acto autorizativo — ou norma regulamentar atributiva do concreto dever de fiscalização —, ou se a densificação da omissão ocorre por *mera* violação do comando constitucional que impõe às entidades públicas a tarefa de protecção do valor ambiente. A ser assim, mesmo em situações de actuação clandestina (sem acto corporizador da relação autorizativa, necessário ou não¹⁴), o requerente teria a opção de apresentação da acção, principal e/ou cautelar, na jurisdição administrativa. Sublinhe-se que, nestas situações, a legitimidade passiva forma-se em litisconsórcio passivo necessário entre a(s) autoridade(s) administrativa(s) a quem se imputa a omissão e o particular prevaricador, contra quem se deduzem pedidos de *facere*.

Cumprir assinalar que, posicionando-nos em sede de acção administrativa comum (nomeadamente, em situações reconduzíveis ao tipo de pedidos descritos no artigo 37º/2/c) do CPTA), o pressuposto do nº 3 do artigo 37º do CPTA deve ser adaptado, sob pena de inviabilizar qualquer acção deste tipo promovida por autores populares contra privados (não há, na verdade, uma “ofensa directa” a direitos ou interesses daqueles, tendo em consideração a grandeza que nos ocupa). Admitindo um compromisso entre os *fins* da norma — que traduz um princípio de preferência pela pronúncia administrativa prévia, à semelhança do que sucede na acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido (e que, ao cabo e ao resto, só espelha a subsidiariedade da intervenção do tribunal na conformação da relação administrativa) — e os *objectivos* de protecção de interesses difusos, admitimos que os autores populares devam provar ao tribunal administrativo que a

¹³ Note-se que o artigo 97º do CPC não permite ao juiz julgar, como pedido principal, a pretensão condenatória deduzida contra a Administração, na medida em que não se trata aí de um mero incidente, referindo-se antes à licitude de uma actividade que traduz o exercício da função administrativa.

¹⁴ Repare-se que o regime de responsabilidade por dano ecológico, aprovado pelo DL 147/2008, de 29 de Julho, prevê a responsabilização de qualquer agente, público ou privado, que provoque danos ao ambiente, mesmo fora do elenco de actividades indicadas como envolvendo um risco potencial (anexo III) — ou seja, mesmo em casos de desenvolvimento de comportamentos que não exijam autorização prévia. A esta responsabilização precede um dever de prevenção que impende em primeira linha sobre o agente mas subsidiariamente sobre a Administração.

Resta saber se num Estado Social que luta com falta de meios, técnicos e humanos, será razoável exigir o cumprimento de tão hercúlea tarefa — embora essa questão já resvale para o mérito da acção e não impeça o reconhecimento, à partida, de jurisdição ao tribunal administrativo (uma vez definida a natureza do bem como critério atributivo de jurisdição).

ele recorrem em virtude da inércia da Administração, e que essa prova seja essencial à abertura das portas da jurisdição administrativa¹⁵.

Até aqui parece, assim, configurar-se um quadro de duplicidade:

- por um lado, estando em causa violações de normas jusambientais perpetradas por entidades *públicas* (ou equivalentes), o contencioso natural das acções movidas por autores populares ou pelo MP será o administrativo. Esta hipótese, suportada pelo artigo 4º/1/l) do ETAF, abarca quer actuações directas, quer indirectas — violações levadas a cabo por privados cuja actividade se encontra titulada por acto autorizativo no qual radicam deveres de fiscalização da actividade do titular da autorização;

- por outro lado, estando em causa violações de normas jusambientais perpetradas por entidades *privadas* (não exercendo funções materialmente administrativas) sem base em acto autorizativo, há uma situação de alternativa, devendo os autores populares provar a denúncia prévia da situação às autoridades competentes e a sua inércia para poderem recorrer aos tribunais administrativos. Sem esta operação prévia, o litígio terá uma coloração puramente privada — apesar da natureza pública do bem lesado ou ameaçado de lesão¹⁶ —, que permitirá o conhecimento pelos tribunais comuns (sem a presença da Administração em juízo, naturalmente).

¹⁵ Isto dando de barato que os autores populares — e o MP — detêm legitimidade na acção comum, situação que a ausência de referência no artigo 37º do CPTA, ao contrário da expressa menção no artigo 40º/nº 1/b) e nº 2/c) e d) do CPTA, poderia fazer duvidar. Pronunciando-se no sentido afirmativo, salvo para o MP, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, **A justiça administrativa (Lições)**, 8ª ed., 2006, p. 211, nota 404 — embora o argumento utilizado, da inexistência de alusão ao MP, em bom rigor, valha também para os autores populares; não será de invocar antes o paralelo com o artigo 26ºA do CPC para justificar também a possibilidade de acção pública, matriz primordialmente adoptada em sede de acção comum?

Duvidosa pode revelar-se a "adaptação" do nº 3 do artigo 37º à intervenção do MP, uma vez que se estará aí perante a defesa de interesses que, na sua óptica funcional, são públicos. Tenderíamos, ainda com reservas, a excluir a possibilidade de intervenção do contencioso administrativo contra privados como réus principais, não só em razão da letra do nº 3 do artigo 37º, como da estrutura dos interesses em jogo e da aptidão funcional do MP.

¹⁶ Sublinhe-se que o critério da natureza pública do bem não determinaria a jurisdição exclusiva dos tribunais administrativos em todos os litígios jusambientais. Pense-se, *de iure condendo* e assente na premissa da consagração do critério da natureza do bem enquanto atributivo de jurisdição aos tribunais administrativos, no seguinte caso: um proprietário de uma mata constituída por espécies protegidas reclama de um incendiário uma indemnização pela destruição causada pelo fogo. Trata-se de um dano ecológico que é, na configuração do objecto do processo pelo seu autor, um dano patrimonial. As medidas de reconstituição natural, primária e complementar, exigidas pelo proprietário, serão, em regra, suficientes para cumprir os objectivos da lei. Esta acção será proposta nos tribunais comuns, dado o ofensor ser privado e o objecto da acção ser de natureza privada — embora com refracção pública (a afectação do equilíbrio do ecossistema).

Caso uma associação de defesa do ambiente reclamasse, nos tribunais administrativos — porque, *aos olhos desta entidade*, a natureza do dano é diversa — a efectivação da responsabilidade pelo lesante, esta acção teria forçosamente que ser suspensa até decisão da primeira, uma vez que os pedidos são parcialmente sobrepostos. E a inversa é identicamente verdadeira, em virtude da (justa) proibição de dupla reparação a que alude o artigo 10º do DL 147/2008: no caso de o proprietário intentar a acção em segundo lugar, ficariam os autos suspensos até decisão da acção apresentada pela associação, cabendo ao proprietário, a final, reclamar o ressarcimento de alguma parcela remanescente do dano (patrimonial) — e sendo admitida a sua intervenção espontânea na acção proposta pelos autores populares.

Há, todavia, mais um aspecto a considerar nesta problemática, que se prende com a parte final da alínea l) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF. Aí se exclui da jurisdição administrativa os contenciosos das contra-ordenações¹⁷ e dos crimes ecológicos, respectivamente sediados na Lei 50/2006, de 29 de Agosto, e nos artigos 274.º, 278.º, 279.º e 281.º do Código Penal (e outros previstos em leis avulsas). Estranho local para incluir uma zona de exclusão na economia do artigo 4.º: na verdade, os n.ºs 2 e 3 parecem zonas mais adequados à inserção desta interdição. A incomodidade adensa-se quando, pelo menos no que tange aos procedimentos contra-ordenacionais, verificamos que, se é certo que a iniciativa pode ser promovida por autores populares ou por delegados do MP junto das entidades administrativas competentes para aplicação da coima, a contestação judicial é do interesse do lesante. Ora, estando a norma construída a pensar em entidades que promovem a defesa do ambiente (entre outros), a referência aos procedimentos contra-ordenacionais, aí, não faz, salvo melhor opinião e reflexão, grande sentido.

Já quanto aos ilícitos criminais a perspectiva é outra, dado tratar-se de crimes públicos cuja acusação pode ser deduzida pelo MP, através da acção pública¹⁸. Neste caso a menção ganha significado, afastando os tribunais administrativos do julgamento destas acções. Mas o “deslocamento” é notório, podendo dar até a impressão de que o legislador do ETAF quis afinal reservar para a justiça administrativa os litígios criminais e contra-ordenacionais alheios aos domínios dos interesses difusos.

Deve insistir-se, para finalizar, na natureza de interesse público do objecto da acção. Quando há autores populares ou agentes do MP a promover a acção de defesa do ambiente o que se almeja, em primeira linha, é a defesa de interesses supraindividuais. Não se trata de direitos subjectivos, mas antes de interesses de facto na fruição das qualidades de um bem ameaçado ou lesado pela actuação de um particular ou de um ente público. Esta observação é particularmente importante nas acções em que se não pede apenas a cessação do comportamento lesivo (ou potencialmente lesivo) ou a actuação positiva no sentido da evitação do dano, mas já o ressarcimento de um dano ecológico (puro). Note-se que, quer nos termos da LBA (artigo 48.º), quer do CC (artigo 566.º/1), quer da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (artigo 3.º/2), a reconstituição *in natura* é o modo preferencial de efectivar a

¹⁷ Reserva de jurisdição essa decorrente de razões históricas e práticas e concretizada nos artigos 61.º e 73.º do DL 433/82, de 27 de Outubro (com alterações posteriores).

¹⁸ Cfr., aliás, o artigo 25.º da LAP, reconhecendo direito de denúncia ao MP aos titulares de legitimidade popular com vista à dedução, por este, de queixa-crime, com a possibilidade de aqueles se constituírem assistentes no processo. PAULO OTERO chama-lhe uma quase-acção popular penal — **A acção popular. Configuração e valor no actual Direito português**, in *ROA*, 1999, III, pp. 871 segs, 881.

responsabilidade do agente de um dano ecológico. Ora, nos casos em que as medidas de reparação primária e complementar não sejam suficientes para repor o *status quo ante* do bem lesado e se lance mão de medidas de fim da linha (compensatórias) que se traduzam no pagamento de quantias pecuniárias, é imperioso caracterizar a natureza pública destes montantes e a afectação ao Fundo de Intervenção Ambiental (criado pela Lei 50/2006, de 29 de Agosto, e implementado pelo DL 150/2008, de 30 de Julho).

2. O leque de sujeitos investido em legitimidade popular, nos termos dos artigos 2º e 3º da LAP, é constituído por:

- i) Cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos, isoladamente ou em grupo;
- ii) Associações e fundações que tenham por função estatutária a promoção do ambiente;
- iii) Autarquias locais “em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição”.

i) Relativamente a este primeiro grupo, convém sublinhar, por um lado, que o exercício do direito de acesso à justiça investido em legitimidade popular não é um direito exclusivo dos portugueses mas também de todos os estrangeiros que em Portugal (ou no estrangeiro, em virtude de fenómenos de poluição transfronteiriça com origem em Portugal) detectem ameaças a bens ambientais naturais¹⁹. Não vamos alargar-nos neste ponto, já por nós escalpelizado em momento anterior²⁰. Deixamos apenas a conclusão no sentido de que a “legitimidade popular” a que a Constituição se reporta no artigo 52º/3 não é apenas a “acção popular correctiva” prevista no Código Administrativo de 1936/40, ainda em vigor em 1976, mas um conceito mais vasto — e por isso mais equívoco na adopção de uma fórmula já “carregada de sentido” —, extensível à tutela de interesses difusos. Nessa perspectiva, condição de exercício do direito de acção não é ser eleitor (interessado na legalidade dos actos praticados pelos órgãos cujos titulares elege) mas ser pessoa (interessado na qualidade de fruição de bens colectivos)²¹.

¹⁹ Contrariamente ao que sucede no Brasil, onde a Lei 4.717, de 29 de Junho de 1965 (Lei da acção popular, com alterações posteriores), exige a prova da cidadania como condição de capacidade judiciária do autor popular (artigo 1º, §3º).

²⁰ No nosso **D. Quixote, cidadão do mundo: da apoliticidade da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais, Anotação ao Acórdão do STA, I, de 13 de Janeiro de 2005**, in *Textos dispersos de Direitos do Ambiente (e matérias relacionadas)*, II, Lisboa, 2008, pp. 7 segs. Veja-se também António Almeida, **A acção popular...**, *cit.*, p. 375.

²¹ Propugnando a necessária condição de eleitor para o investimento do sujeito em actor popular, vejam-se os Acórdãos: do STA de 25 de Março de 2004 (proc. n.º 1581/03), e do TCASul de 13 de Janeiro de 2005 (proc. n.º 85/04) e de 17 de Maio de 2007 (proc. n.º 2467/07).

Por outro lado, a condição de residência para que aponta o artigo 15º/3 da LAP não é aplicável à legitimidade popular em sede de interesses difusos mas apenas quanto a interesses individuais homogêneos. Sobre este ponto, também já nos pronunciámos noutra local, para onde remetemos os desenvolvimentos necessários²². Resta sublinhar que a natureza imaterial e plurilocalizada das utilidades dos bens naturais faz com que qualquer cidadão possa agir em sua defesa, independentemente do contacto efectivo com o suporte corpóreo e que se encerra (*v.g.*, descargas poluentes num rio do Norte do país sindicadas por um residente em Faro). A natureza das coisas fará com que as acções sejam promovidas por quem está mais próximo do bem, em razão da maior probabilidade de percepção da sua degradação, mas em teoria a legitimidade é extensível a qualquer cidadão nacional ou estrangeiro.

ii) No que toca às acções promovidas por entidades associativas e fundacionais, cumpre assinalar o pressuposto da especialidade das atribuições estatutárias, frisado pelo legislador no artigo 3º. Perante a noção amplíssima de ambiente para que somos arrastados pelo artigo 66º da CRP, dir-se-ia que esta conformidade não constitui problema, uma vez que tudo é ambiente — saúde, urbanismo, ordenamento do território, arquitectura urbana... No entanto, e ainda que assim se entenda, sempre se exigirá um segundo controlo, se no caso couber, tendo em consideração o âmbito geográfico de actuação da associação ou fundação (cfr. o artigo 7º/3 da Lei 35/98, de 18 de Julho, sobre as ONGAs)²³. Poderá dizer-se que há aqui uma contradição no nosso pensamento, por nos termos manifestado de forma tão generosa para com os cidadãos e tão rigorosos para as ONGAs. Mas não é assim: a personalidade colectiva é uma personalidade criada em atenção a objectivos (estatutários) determinados. Se a acção extravasar este âmbito, a associação não pode actuar — porque ela própria se auto-limitou na sua capacidade de actuação²⁴. O que não impede os seus dirigentes e associados de agir investidos em legitimidade popular, despidos do colete institucional²⁵.

²² Carla AMADO GOMES, O **Provedor de Justiça e a tutela de interesses difusos**, in *Textos dispersos...*, II, *cit.*, pp. 235 segs, 248 segs.

²³ *V.g.*, a *Associação de defesa dos sobreiros do Ribatejo* não poderá agir em defesa de um conjunto de sobreiros sito no Algarve. Neste sentido, António Almeida, **A acção popular...**, *cit.*, p. 375. Ver também o Acórdão do STA de 17 de Maio de 2007 (proc. n.º 107/07).

²⁴ Sobre o direito de acção judicial das ONGAs, numa perspectiva de repartição de poderes de definição legislativa do estatuto de ONGAs regionais (por decreto legislativo regional) em face da LAP, v. o recentíssimo Acórdão do Tribunal Constitucional 119/2010, tirado em fiscalização preventiva da constitucionalidade, ponto 11.

²⁵ Mas atente-se em que o artigo 11º/2 da Lei 35/98, de 17 de Julho, isenta as ONGAs de preparos, custas e imposto de selo em todos os processos em que intervenham — regime ainda mais favorável,

iii) O terceiro caso, respeitante às autarquias — leia-se: municípios e freguesias — é o que nos suscita mais dúvidas, na medida em que estas entidades estão constitucional e legalmente comprometidas na tarefa de protecção do ambiente, facto que lhes confere competência própria de actuação nesta sede, independentemente do recurso aos tribunais (cfr. os artigos 13º/l) e 14º/h) da Lei 159/99, de 14 de Setembro). Ou seja, o exercício da tutela declarativa, dentro da sua competência, precede e prefere (quer por argumentos de economia processual quer por razões ligadas à separação de poderes) a via judicial. Não enjeitamos, no entanto, a existência de hipóteses de defesa de bens ambientais naturais pelas autarquias contra entidades públicas (problemas de delimitação de competências, por exemplo) ou contra entidades privadas mas numa perspectiva puramente patrimonialística (v.g., acções de reivindicação de propriedade em zona de reserva natural). O que não é já é acção popular para defesa de interesses *difusos*...

A lei parece querer reportar-se ao fenómeno da representação sem mandato análogo ao que está subjacente ao mecanismo de tutela de interesses individuais homogêneos no artigo 15º da LAP. Simplesmente, se aí se prescindir da “vinculação territorial”, no caso das autarquias esta é intrínseca à sua natureza de entes territoriais (um princípio da especialidade por natureza e não por acto voluntário) e terá, portanto, de verificar-se para poder suportar esta representação²⁶.

Não pode fechar-se este ponto sem aludir, uma vez mais, ao Ministério Público. Como se avançou logo de início, as razões da exclusão do leque de entidades enunciadas no artigo 2º/1 podem estar relacionadas com o facto de a LAP ser também um regime de alargamento da legitimidade procedimental, realidade da qual o MP estará, em regra, arredado. No entanto, nos locais especificamente contenciosos, o MP está presente enquanto detentor de poder de acção pública. Sublinhe-se que a sua actuação, no que tange a interesses difusos, se traduz numa intervenção duplamente qualificada: age em defesa da legalidade objectiva e da qualidade material de fruição do bem natural ameaçado ou lesado.

Além da iniciativa processual — quer em acções administrativas comuns, quer em acções administrativas especiais, a título principal e cautelar, e na intimação para consulta de

portanto, do que o da “acção popular” (veja-se o artigo 20º da LAP).

²⁶ Cfr. a sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra 16 de Março de 2007 (proc. n.º 1354/06), a propósito da legitimidade da autarquia para apresentar, alegadamente investida em legitimidade popular, uma providência cautelar de suspensão de eficácia do acto de licenciamento de linhas de alta tensão pelo Ministério da Economia, alegando violação quer de direitos individuais dos fregueses, quer de interesses difusos. O Tribunal entendeu haver ilegitimidade quanto à parte do pedido relativa a direitos individuais, nomeadamente de propriedade.

documentos²⁷ —, o MP tem ainda legitimidade substitutiva (de actores populares) em caso de desistência (nos enigmáticos termos do artigo 16º/3 da LAP²⁸). As dúvidas quanto à possibilidade de utilização da acção comum pelo MP já foram aduzidas *supra* — escusamo-nos a regressar ao problema.

Cumpramos também assinalar as especiais prerrogativas que ao Ministério Público são concedidas no plano do contencioso de normas. Olhando para os artigos 73º/3 e 130º/3 do CPTA, rapidamente nos apercebemos da posição privilegiada do MP nesta sede: só ele pode pedir declaração de nulidade com efeitos *erga omnes* sem esperar pela desaplicação em três casos concretos (tendo o dever de requerer tal declaração uma vez registados estes), e só ele pode requerer a suspensão jurisdicional de eficácia de normas (imediatamente executáveis) com efeitos *erga omnes* independentemente da alegação da recusa de aplicação da norma em três casos anteriores²⁹.

3. A legitimidade popular é uma extensão da legitimidade processual — logo, um pressuposto processual, que neste caso dispensa a prova do interesse directo e pessoal. Não se trata de um *meio* processual, mas antes se traduz num *conjunto de especialidades processuais* que se enxertam nos meios processuais concretamente utilizados pelos autores populares, na jurisdição administrativa ou na cível³⁰. Esta afirmação decorre claramente do artigo 12º da LAP. Já o leque de especialidades que a legitimidade popular acarreta não se pode considerar tão nítido. Vejamos porquê.

²⁷ Cfr. o artigo 104º/2 do CPTA.

²⁸ O que quererá o legislador dizer com a segunda parte do nº 3 do artigo 16º da LAP? Quererá afirmar que o Ministério Público pode obrigar o autor a desfazer a transacção ou «apeá-lo» do processo em caso de «comportamentos desviantes»? Julgamos que se a transacção não servir o interesse colectivo e público objecto da acção, caberá ao juiz recusar a sua homologação [a admitir que haja disponibilidade deste interesse, pois se não existir, a lei veda a transacção (cfr. o artigo 1249º do CC). Manifestando-se contrários à possibilidade de transacção, António Almeida, **A acção popular...**, *cit.*, p. 376, e Sílvia CAPPELLI, **Acesso à justiça, à informação e participação popular em temas ambientais no Brasil**, in *Aspectos processuais do Direito Ambiental*, coord. J. Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglio Dantas, Rio de Janeiro/S. Paulo, 2003, pp. 276 segs, 306]. Já no caso de o autor popular adoptar comportamentos lesivos dos interesses difusos que pretende defender, o juiz deverá condenar por litigância de má fé, apelando ao conceito inscrito no artigo 456º do CPC, e absolver o réu do pedido.

²⁹ Noutro local nos manifestámos criticamente sobre estas normas. Veja-se o nosso **Dúvidas não metódicas sobre o novo processo de impugnação de normas do CPTA**, in *Textos dispersos de Direito do Contencioso Administrativo*, Lisboa, 2009, pp. 503 segs, *max.* 512 segs. Veja-se também Mário LEMOS PINTO, **Impugnação de normas e ilegalidade por omissão no contencioso administrativo português**, Coimbra, 2008, pp. 307-309

³⁰ Tal como tivemos oportunidade de explicar desenvolvidamente no nosso **Acção popular e efeito suspensivo do recurso: processo especial ou especialidade processual?**, in *Textos dispersos...*, I, *cit.*, pp. 105 segs. Ver também **Farsa em dois actos: enganoso e desenganoso sobre o artigo 18º da Lei 83/95, de 31 de Agosto**, no mesmo *loc. cit.*, pp. 177 segs.

Neste sentido, vejam-se os Acórdãos do STA de 31 de Janeiro de 2002 (proc. n.º 47338), de 7 de Março de 2006 (proc. n.º 380/05) e do Pleno do STA, de 29 de Junho de 2004 (proc. n.º 1334/03).

A LAP não regula apenas a legitimidade popular, mas também o instituto da acção de grupo — filiada na *class action* americana — ou, noutra expressão que preferimos, a figura dos interesses individuais homogéneos. Esta bipartição torna-se cristalina quando atentamos mais detidamente em normas como os artigos 14.º, 15.º, 19.º e 22.º/2, 3 e 4. Nestas disposições, o legislador teve por objectivo resolver o problema de representação atípica em casos de interesses individualizados pertencentes a pessoas afectadas por um risco de origem idêntica, tais como ingestão de água contaminada proveniente de um mesmo furo artesiano, ou intoxicação por emissões poluentes produzidas por uma mesma unidade industrial. Os interesses não são relativos a bens individualmente inapropriáveis, mas antes se reportam a bens pessoais (integridade física; património). Directamente, bem entendido, uma vez que a sua tutela poderá reverter indirectamente a favor de toda a comunidade e do próprio ambiente enquanto ecossistema.

Note-se que o artigo 48.º do CPTA constitui uma forma de agilização processual — pelo menos para o(s) processo(s) seleccionado(s)³¹ — especialmente útil no âmbito da tutela de interesses individuais homogéneos. Isto porque, na ausência de uma iniciativa processual baseada numa representação sem mandato, a multiplicação de acções cuja resolução implica a aplicação das mesmas normas ou a elucidação da mesma questão de direito, é susceptível de uma *reductio ad unum* através do mecanismo de selecção do artigo 48.º. Tal como o artigo 17.º da LAP veicula a auto-exclusão de sujeitos que desejem prosseguir uma diferente estratégia processual e, em consequência, ficar imunes aos efeitos do caso julgado, também o CPTA oferece aos vários autores, quer a possibilidade de requerer a extensão de efeitos da decisão ao seu caso [artigo 48.º/5/b)], quer a prossecução autónoma da acção [artigo 48.º/5/c)].

Já no âmbito da tutela dos interesses difusos, o artigo 48.º não representa qualquer maior valia, na medida em que o caso julgado em acções promovidas por autores populares para tutela daqueles interesses produz, forçosamente, efeitos *erga omnes* — em virtude da natureza dos bens que sustentam os interesses (de facto) de fruição colectiva.

³¹ Sobre as perplexidades suscitadas por este mecanismo, v. MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, **Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos, Anotado**, I, Coimbra, 2004, pp. 317 segs.

É a *pessoalidade* (embora “colectivizada” na sua semelhança) que define este tipo de interesses. Assim se explica que um autor esteja em juízo por todos aqueles que se não sintam indevidamente representados no objectivo das suas pretensões e, por isso, se auto-excluam (artigos 14º e 15º), bem como assim se compreende o modo de citação circunstancial ou geograficamente orientada (artigo 15º/2 e 3)³². Do mesmo passo se ilumina a norma constante no artigo 19º, sobre eficácia *erga omnes* do caso julgado (ressalvados os sujeitos que se auto-excluíram)³³, e se confere inteligibilidade aos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 22º, respeitantes à indemnização.

Este último ponto é particularmente sensível, uma vez que as indemnizações pecuniárias reclamadas por autores individuais são legitimamente devidas em virtude de lesões particulares, ao passo que as indemnizações pecuniárias por dano ecológico reclamadas por autores populares, pessoais ou institucionais, pertencem à comunidade. A criação do FIA veio resolver o equívoco aberto pelo artigo 22º/2 — ou pela LAP no seu todo, ao não distinguir claramente entre interesses difusos e interesses individuais homogéneos³⁴ —, determinando o destino de quantias que se não reconduzam a medidas de reparação primária e complementar do bem lesado por forma a não promover o enriquecimento do autor popular à custa alheia (da colectividade). O Anexo V do DL 147/2008, ao proibir a atribuição de quantias pecuniárias a sujeitos individuais — que há-de ser a *ultima ratio*, na medida em que se prefere a reconstituição natural —, acentua a natureza pública do dano, não inviabilizando, todavia, a configuração de um “dano moral colectivo” da comunidade que veja afectada a qualidade ambiental que a envolve³⁴. Este dano tem natureza mista (qual ciclope com cabeça de homem e corpo de cavalo): a sua origem é o sentimento de perda de pessoas individuais por afectação do nível de fruição de um recurso de que habitualmente

³² A falta de clareza da LAP tem dado origem a equívocos jurisprudenciais graves, na medida em que os tribunais chegam a considerar que a ausência de citação prevista no artigo 15º constitui causa de nulidade de todo o processado — cfr. os Acórdãos do TCASul de 13 de Maio de 1997 (proc. n.º 2736/99) e de 25 de Janeiro de 2007 (proc. n.º 1895/06). Curiosamente, o mesmo TCASul, em Acórdão de 17 de Maio de 2007 (proc. n.º 2462/07) vem afirmar que o artigo 15º da LAP não prevê, afinal, a “citação do Réu”, não devendo portanto considerar-se aplicável a cominação do artigo 194º/a) do CPC (*ex vi* o artigo 1º CPTA), descartando, assim, qualquer nulidade...

³³ Encontramos norma idêntica na lei brasileira 4.717, no artigo 18º, em caso de provimento. Revelando-se a acção improcedente, qualquer cidadão (ou o Ministério Público) poderá recorrer novamente a juízo para defesa do mesmo interesse.

³⁴ Tecendo igualmente críticas muito acesas ao regime do artigo 22º, António ALMEIDA, **A acção popular...**, *cit.*, pp. 379-380.

³⁴ Sobre esta noção, vejam-se José Rubens MORATO LEITE, **Dano ambiental: do individual ao colectivo extrapatrimonial**, 2ª ed., S. Paulo, 2003, esp. pp. 265 segs; e João Carlos de CARVALHO ROCHA, **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**, in *Política Nacional do Meio Ambiente, 25 anos da Lei nº 6.938/1981*, coord. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio H. P. Henriques Filho e Ubiratan Cazetta, Belo Horizonte, 2007, pp. 217 segs, 236 segs.

usufruíam, mas a sua tradução pecuniária deve ser canalizada para fins de promoção da qualidade do ambiente comunitário.

Verdadeiras especialidades das acções promovidas por autores populares (bem como das interpostas por portadores de interesses individuais homogêneos) constam dos artigos 13º, 17º, 18º e 20º da LAP:

i) O artigo 13º visa responsabilizar os autores populares, desincentivando-os da propositura de acções com fins puramente dilatórios — sobretudo porque o acesso à justiça é facilitado pelo regime especial de preparos e custas previsto no artigo 20º. Note-se que a figura do indeferimento liminar é familiar ao CPC (cfr. os artigos 234ºA e 812ºE), bem como ao CPTA — mas aqui apenas no domínio das providências cautelares (artigo 116º). Logo, o juiz vê acrescidos os seus poderes de saneamento liminar em acções promovidas por autores populares — mas não, pensamos, quando a acção é apresentada pelo MP³⁵ (aqui as razões que levam à consagração desta hipótese de filtragem claudicam);

ii) O artigo 17º constitui um sinal inequívoco da natureza pública deste tipo de processos. O juiz não fica circunscrito a um papel passivo, próprio de quem está adstrito ao princípio da imparcialidade, mas antes vê reconhecida a faculdade de promover diligências que permitam iluminar as circunstâncias do caso e obter a melhor fundamentação possível da decisão³⁶. O juiz está vinculado ao pedido mas não aos elementos de prova carreados, que podem ser acrescidos na sequência de iniciativa sua;

iii) O artigo 18º visa salvaguardar o efeito útil de uma decisão de provimento do pedido do autor popular, atendendo à natureza frágil do objecto subjacente ao litígio e à possibilidade de provocação de danos irreparáveis ou de difícil reparação. O juiz imprimirá, oficiosamente, caso entenda necessário à salvaguarda dos bens em jogo, efeito suspensivo ao recurso, ainda que a lei processual aplicável o não preveja — o que se verifica no CPC (cfr. o artigo 692º/1, que estabelece a regra do efeito devolutivo do recurso de apelação³⁷), mas não no CPTA (cfr. o artigo 143º/1, consagrando a regra do efeito suspensivo³⁸)³⁹.

³⁵ Que nessas situações não será ouvido, como previsto no artigo 13º da LAP.

³⁶ Embora o CPC não deixe de prever exemplos, precisamente em sede de prova, de cedência ao princípio do inquisitório: cfr. os artigos 578º/2, *in fine* (alargamento do objecto da perícia fixado pelas partes), 579º (perícia oficiosa), 612º (inspecção de coisas ou pessoas), 645º (inquirição de testemunha não arrolada).

³⁷ Note-se que a disposição elenca, no nº 3, os casos excepcionados ao nº 1, de efeito suspensivo e prevê, no nº 4, a possibilidade de a parte requerer a atribuição de efeito suspensivo sempre que a execução seja susceptível de lhe causar prejuízo considerável e mediante caução.

³⁸ Atente-se em que, nos processos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias em sede de providências cautelares, o efeito do recurso é, em regra, devolutivo (nº 2). O nº 3 admite o requerimento, pela parte vencedora, de efeito devolutivo ao recurso, baseado na alegação de emergência de prejuízos de difícil reparação, podendo o tribunal impor a prestação de garantias (nº 4).

³⁹ Ressalte-se que estas causas são sempre recorríveis para o tribunal de alçada superior independentemente do valor atribuído à acção, dado que se trata de bens imateriais (cfr. o artigo 34º/1 do

Questão diversa seria certamente a de saber se ao juiz, atendendo à natureza dos bens em jogo e à magnitude que a sua salvaguarda reveste para a comunidade em geral, e para o ecossistema em particular, não deveria ser reconhecido o direito de decretar medidas inibitórias da actuação lesiva — e presumivelmente ilícita — ainda que tal pedido não fosse formulado (na petição inicial) pelos autores populares, à semelhança do exemplo brasileiro⁴⁰. Note-se que estaríamos aqui perante uma verdadeira excepção ao princípio do pedido, uma vez que não se trataria de *conceder um diferente efeito* a um impulso processual, mas *substituir-se* ao impulso processual (cautelares). A natureza do bem pode até justificá-lo, mas o legislador teria que o afirmar expressamente e sempre se deveriam implementar mecanismos de recurso urgente a favor do réu, para assegurar um mínimo de contraditório, essencial à salvaguarda do princípio do processo equitativo;

iv) O artigo 20º pretende constituir um incentivo à promoção de acções por autores populares, dispensando-os do pagamento de preparos e isentando-os do pagamento de custas em caso de procedência da acção, ainda que parcial, da acção. Em face de decaimento total, o montante a liquidar é ainda assim simbólico (“entre um décimo e metade das custas que normalmente seriam devidas”, ponderando-se a situação dos requerentes e a razão formal ou substancial da improcedência do pedido).

4. Depois desta brevíssima vista panorâmica dos principais aspectos ligados à acção pública e popular, gostaríamos de deixar algumas pistas de reflexão sobre o tema, admitindo que as questões e eventuais conclusões sejam extrapoláveis para domínios diversos do ambiental (mas dentro dos interesses difusos).

i) Faria sentido inserir uma norma sobre litispendência na LAP – na vertente aplicável aos interesses difusos? Lembramos que a propositura de várias acções com o mesmo pedido e causa de pedir (relativas, portanto, à ofensa do mesmo bem pela mesma causa, material e/ou jurídica), embora promovida por autores populares diferentes, pode gerar um fenómeno de litispendência material. Na verdade, não estão preenchidos os requisitos previstos no artigo 498.º do CPC, uma vez que as partes são diversas — o réu será o mesmo mas não o(s) autor(es) — e os pedidos podem também variar (e conformar diferentes CPTA).

⁴⁰ Cfr. Ada PELLEGRINI GRINOVER, **A acção popular portuguesa: uma análise comparativa**, in *RPDConsumo*, nº 5, 1996, pp. 7 segs, 16, e Vera JUKOVSKY, **O papel do juiz na defesa do meio ambiente**, in *Lusíada*, 1999/1-2, pp. 491 segs, 499-500. A última autora refere também a possibilidade de o julgador determinar, *ex officio*, sanções pecuniárias compulsórias a aplicar aos réus que recusem/atrasem o cumprimento da decisão condenatória (solução acolhida pelo artigo 44º do CPTA, em sede contenciosa-administrativa).

estratégias processuais). Porém, o interesse material prosseguido pelos autores nas diferentes acções é idêntico: prevenir, fazer cessar, a ofensa e/ou promover a reconstituição do estado de qualidade do bem ambiental lesado⁴¹.

Qual será a melhor forma de resolver a questão: através da inserção de uma norma que permitisse ao juiz⁴² conhecer apenas do mérito da acção intentada em primeiro lugar, absolvendo da instância os réus das acções litispendentes⁴³? Ou antes fazendo apelo à apensação de processos, com assento no artigo 28º do CPTA, decidindo o juiz todos os processos como se de um só se tratasse, aproveitando todos os pedidos e causas de pedir para emitir a sua decisão? Esta última opção parece-nos preferível, dada a possibilidade de haver pedidos diferentes e de poderem ficar sacrificados na primeira solução⁴⁴.

ii) A questão acima enunciada pode ser antecipada através da coligação de autores⁴⁵. Nesse caso, haverá apenas uma acção com vários autores, ainda que populares. O interesse jurídico desta coligação — neste litisconsórcio activo voluntário — parece diminuto, mas pode relevar em termos de multiplicação de argumentos trazidos para suportar a causa ambiental, bem assim como por contar com novos intervenientes que fortaleçam a divulgação da causa à luz da opinião pública. Frise-se que a coligação superveniente é admissível nos termos dos artigos 320º/b), 321º, 322º/1, 2ª parte, e 323º do CPC, *ex vi* o artigo 1º do CPTA⁴⁶.

iii) E poderá um sujeito que defende um interesse individual arvorar-se simultaneamente em autor popular? Teoricamente, nada o impede, desde que os pedidos sejam diferentes — *maxime*, em acções de efectivação de responsabilidade nas quais possa haver, para além da satisfação do interesse patrimonial, interesse na reposição do *status quo ante* estritamente ecológico. No fundo, a situação é assimilável a uma coligação consigo próprio, deduzindo pedidos diferentes contra o mesmo autor com base na mesma causa de pedir (cfr. o artigo

⁴¹ Cfr. o Acórdão do TCASul de 13 de Março de 2008 (proc. n.º 3271/07), no qual se chegou a conclusão idêntica.

⁴² Recorde-se que a litispendência é uma excepção dilatória de conhecimento oficioso (artigos 494º/i) e 495º do CPC).

⁴³ A lei brasileira 4.717 dispõe neste sentido, estabelecendo que: "A propositura da acção prevenirá a jurisdição do juízo para todas as acções que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos" (artigo 5º, §3º).

⁴⁴ Reconsideramos, assim, a solução proposta no nosso **O Provedor de Justiça...**, *cit.*, p. 263.

⁴⁵ Expressamente admitida pela lei brasileira 4.717, no artigo 6º, §5º.

⁴⁶ Sendo certo que, nos termos destas disposições conjugadas, a intervenção principal espontânea que venha a produzir-se até ao despacho saneador é passível de ser sustentada por articulado próprio, enquanto que, se for posterior (mas sempre anterior à audiência de julgamento), o interveniente deverá cingir-se à adesão aos fundamentos do autor.

12º/1/a) do CPTA). Na prática, esta hipótese pode ser dificultada em razão da norma do artigo 20º da LAP, que isenta de preparos os autores populares — bem assim como problemas de alçada (e conseqüente direito ao recurso). Destarte, e apesar da economia processual que esta solução promoveria, parece ser de afastar tal possibilidade.

iii) Inexistindo uma providência cautelar específica da tutela contenciosa ambiental — em razão da imprestabilidade do artigo 42º da LBA⁴⁷ —, os autores populares movem-se entre as providências cautelares do contencioso administrativo (artigos 112º e segs do CPTA) e do contencioso cível (artigos 381º e segs do CPC). Deve ressaltar-se, por um lado, a possibilidade de decretamento provisório da providência previsto no artigo 131º do CPTA, em casos de “especial urgência” (nº 1), associado a pedidos de providências cautelares especificadas e não especificadas. Por outro lado, assinale-se a potencial valia da alínea a) do nº 1 do artigo 120º do CPTA, que apela ao critério da evidência: perante uma violação manifesta de normas de protecção jusambientais — *v.g.*, inexistência de avaliação de impacto ambiental num projecto do Anexo I do DL 69/2000, de 3 de Maio (na redacção do DL 197/2005, de 8 de Novembro) —, o juiz concederia a suspensão do acto autorizativo (cuja eficácia, por força do artigo 128º/1 do CPTA, se encontraria já provisoriamente suspensa) sem proceder à ponderação exigida no nº 2 do mesmo artigo 120º.

Impõe-se, todavia, caracterizar a “manifesta ilegalidade”, a qual é assimilada⁴⁸ à violação de preceitos materiais que a lei comine com a nulidade. Os vícios formais (ou a grande maioria) tendem a escapar a esta delimitação, uma vez que podem ser supridos posteriormente à prática do acto, tornando inútil e mesmo contraproducente a intervenção do Tribunal, em homenagem a uma lógica de aproveitamento do acto (ou sanção retroactiva do mesmo). Posição, como se depreende, que denota uma extrema cautela na utilização da disposição e que neutraliza uma boa parte do efeito útil que dela poderia advir para a tutela ambiental.

v) Claro que a forma de contornar este problema seria conceder efeito inibitório automático a uma providência cautelar requerida em defesa do ambiente, em homenagem à natureza pública do bem e à fragilidade que o caracteriza⁴⁹. Porém, tal valoração seria

⁴⁷ Cfr. Carla AMADO GOMES, **Direito Administrativo do Ambiente**, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, I, coord. de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, 2009, pp. 159 segs, 264-265.

⁴⁸ Em Acórdão do STA de 20 de Janeiro de 2005, proc. 1314/04.6BEPRT.

⁴⁹ A lei brasileira 4.717 consagra a suspensão liminar do acto lesivo quando se vá a juízo defender o património público (artigo 5º, §4º, por referência ao artigo 1º, §1º — para a noção de património público).

provavelmente inconstitucional se admitida de forma cega, uma vez que atentaria contra o critério de ponderação casuística para que aponta o artigo 18º/2 da CRP. A solução do efeito suspensivo automático é adoptada pelo legislador no contexto da lei dos estrangeiros (cfr. o artigo 132º/3 da Lei 23/2007, de 4 de Julho, relativamente à recusa de concessão do estatuto de residente de longa duração e de revogação do mesmo) — tratando-se aí, todavia, de proteger interesses pessoais da maior delicadeza. Um exemplo mais próximo é o da suspensão imediata da eficácia de actos de licenciamento urbanístico violadores de planos, quando sindicados pelo MP (cfr. o artigo 69º/2 do DL 555/99, de 16 de Dezembro, na redacção dada pela Lei 60/2007, de 4 de Setembro) — mas ainda assim a suspensão pode ser levantada na sequência de contraditório.

Por mais intra e intergeracionalmente relevante que o interesse ambiental seja, não nos parece que o legislador deva avançar para uma solução de suspensão automática e irreversível (ou de ordem de cessação imediata de actividades) de actos presumivelmente lesivos do ambiente. O decretamento provisório da providência acolhido no artigo 131º do CPTA cumpre suficientemente a função de providenciar tutela urgentíssima sem promover sobrevalorações automáticas do interesse ambiental, que pode até estar a competir com outros de igual natureza.

vi) A existência do mecanismo do decretamento provisório da providência constitui, em nossa opinião, um argumento prático para reforçar a exclusão dos interesses difusos do âmbito de aplicação do artigo 109º do CPTA. Como já explicámos noutro local, esta acção sumária pressupõe a existência de uma posição jusfundamental devidamente individualizada⁵⁰ — sem ser forçosamente um direito de natureza pessoal para os efeitos da catalogação constitucional⁵¹ —, cujo resultado se traduza directa e imediatamente numa melhoria, material e/ou jurídica, sentida na esfera do autor. Ora, não é isto que sucede no plano dos interesses difusos, onde lidamos com realidades metaindividuais. E não se venha invocar o “direito ao ambiente”, que mais não é que um *testa de ferro* de direitos, pessoais ou patrimoniais devidamente identificados no capítulo dos direitos de personalidade ou de propriedade.

⁵⁰ Carla AMADO GOMES, **Contra uma interpretação demasiado conforme à Constituição do artigo 109º do CPTA**, in *Textos dispersos de Direito do Contencioso...*, cit., pp. 473 segs.

⁵¹ Sobre a problemática da natureza da posição jusfundamental exigida no artigo 109º do CPTA, por todos e por último, Jorge REIS NOVAIS, **“Direito, liberdade ou garantia”: uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa?**, Anotação ao Acórdão do TCA Sul de 6 de Junho de 2007, in *CJA*, nº 73, 2009, pp. 48 segs.

Assim, nem do ponto de vista teórico nem prático se justifica o recurso à intimação para tutela do ambiente. E não se pode esquecer que, mesmo começando de forma dual (providência cautelar + acção principal), o processo pode sempre acabar por ser sumariado pela via do artigo 121º do CPTA, caso o julgador entenda estarem reunidos os pressupostos para conhecer e decidir do fundo — alcançando-se assim um resultado prático similar.

Lisboa, Abril de 2010

Contencioso da função pública

Ana Fernanda Neves¹

0. Introdução

1. Os litígios laborais incluídos no âmbito da jurisdição administrativa

1.1. A delimitação da esfera de jurisdição segundo o regime jurídico-laboral

1.2. A jurisdição administrativa e a modificação da relação jurídica de emprego público

1.3. A utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de resolução de controvérsias

2. Os pressupostos processuais

2.1. Dos pressupostos processuais em geral

2.2. A aceitação do acto pelo trabalhador

3. Os meios processuais

3.1. Os meios processuais principais

3.1.1. As formas de acção e a relevância das acções de prestação

3.1.2. Os poderes do tribunal

3.1.2.1. Os poderes instrutórios

3.1.2.1.1. A instrução, em especial, o direito à prova nas acções administrativas especiais

3.1.2.1.2. Os poderes de pronúncia

3.2. Os meios processuais urgentes

3.2.1. As providências cautelares

3.2.2. As intimações judiciais

4. Os recursos

5. A extensão subjectiva dos efeitos de sentença anulatória ou de reconhecimento

6. A execução da sentença

6.1. Da execução judicial em geral

6.2. A execução de sentença anulatória

6.2.1. Os beneficiários de actos consequentes: a modelação temporal e subjectiva dos efeitos da sentença

6.2.2. A “reintegração ou recolocação” do trabalhador

Conclusões

¹. Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito de Lisboa.

0. Introdução

Os litígios relativos ao emprego público² convocam a aplicação dos institutos e regimes substantivos, procedimentais e processuais gerais do Direito Administrativo. Neste domínio, como noutros, verificou-se, entre nós, a partir dos anos noventa do século passado, uma maior utilização e influência do Direito laboral privado, seja pela aplicação de instrumentos deste, seja pela aproximação ao respectivo regime, seja pela valoração da autonomia colectiva, seja ainda pela maior percepção relacional ou obrigacional do emprego público. Estas mutações traduziram-se no âmbito da jurisdição administrativa na exclusão, num primeiro momento, dos litígios emergentes de contrato de trabalho celebrado por empregador público; no esbatimento da relevância das pretensões relativas a actos administrativos; e enfatizaram a tutela jurisdicional efectiva pretendida como uma tutela primária de posições jurídicas subjectivas accionáveis no quadro de relações jurídicas duradouras como são as relações de emprego³. Há uma mitigação do poder administrativo associado a uma concepção estatutária do emprego público, pela contratualização dos vínculos laborais e introdução nestes de segmentos negociais ou consensuais⁴, e assumiu protagonismo o contencioso de pretensões cumuláveis, que tem em vista a *restitutio ad integrum*.

O leque das pretensões é potenciado pelo Direito da União Europeia, em especial, com o reconhecimento de direitos associados ao princípio da livre circulação de trabalhadores e pela necessária disponibilidade nacional de meios processuais para a sua tutela efectiva. É-o, igualmente, pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que reforça a posição jurídica do trabalhador na relação jurídica de emprego público enquanto sujeito de direitos.

No contencioso da função pública merece atenção destacada o contencioso da execução: i) por um lado, porque a dimensão das acções declarativas tem-se traduzido, traduz-se e traduzir-se-á numa litigância permanente em sede de execução; ii) por outro lado, porque o

². Utiliza-se a expressão emprego público como sinónimo de função pública, entendida esta em sentido amplo, por traduzir melhor a consideração da totalidade das relações jurídicas de emprego na Administração Pública.

³. Em termos gerais, ver Sergio De Felice, “Le tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della P.A.”, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 4, a. XXIII, Fascicolo IV, Dicembre 2005, pp. 878, 935 e 936.

⁴. Cfr., *vg.*, artigo 81.º, n.º 2, da Lei n.º 12-A/2008, de 27.12 (lei dos vínculos, carreiras e remunerações na Administração Pública), e artigos 2.º, 291.º e 340.º e segs. do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11.09.

direito declarado é tardiamente efectivado, o que sobrecarrega a pretensão de execução. Daí, também, a pertinência da tutela executiva ser enxertada na fase declarativa⁵.

O presente texto trata de aspectos da justiça administrativa que se destacam na sua aplicação às relações de emprego público. Delimita-se a esfera de competência dos tribunais administrativos para conhecer dos litígios relativos ao emprego público; analisam-se alguns dos problemas que se colocam em relação aos pressupostos processuais quando aplicados a estas contendas; indaga-se sobre a articulação entre as pretensões várias dos trabalhadores e as formas e instrumentos processuais; verifica-se do significado e alcance do mecanismo da extensão dos efeitos da sentença anulatória ou que reconhece direitos no domínio do emprego público; e, em sede da execução das sentenças, em particular, apreciam-se as soluções legais para as situações de colisão de interesses que colocam as sentenças anulatórias.

1. Os litígios laborais incluídos no âmbito da jurisdição administrativa

A opção legislativa por uma construção legislativa jus-administrativista ou jus-laboralista privada da relação jurídica de emprego público (para além de um mínimo denominador comum de regime jus-publicista e de uma reserva de direito administrativo para o exercício de funções de carácter não predominantemente técnico) tende a reflectir-se no campo processual, com o cometimento dos litígios, respectivamente, aos tribunais administrativos e aos tribunais judiciais⁶: os litígios emergentes de contrato individual de trabalho estão excluídos da jurisdição administrativa; os litígios relativos aos demais vínculos laborais inscrevem-se no seu âmbito⁷.

Os tribunais administrativos têm competência para dirimir litígios relativos aos actos instrumentais ou conexos com instrumentos de regulamentação colectiva, quer aqueles que envolvem sujeitos privados, quer entidades empregadoras públicas. Diversamente, quando se trata de julgar da validade ou interpretação das suas disposições⁸. Assim, por exemplo, é possível intentar uma acção administrativa especial relativa à recusa do depósito de uma convenção colectiva e ao indeferimento de pedido de emissão de regulamento de extensão, intentar uma acção administrativa comum de efectivação de responsabilidade civil extracontratual fundada em acto de requisição civil ilegal e requerer ao tribunal

⁵ Mário Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.^a edição, revista e actualizada, 2003, pp. 331 e segs., *maxime*, pp. 357.

⁶ Michele Corradino, *Il Diritto Amministrativo alle luce della recente giurisprudenza*, Cedam, 2007, pp. 1026 e 1027.

⁷ Cfr. artigo 4.º, n.º 3, alínea d), do ETAF, na versão anterior e posterior à redacção que lhe foi dada pelo artigo 10.º da Lei n.º 59/2008, de 11.09.

⁸ Cfr. Acórdão da 2.^a Subsecção do CA do STA de 17-05-88, processo n.º 025338, e Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA de 27-11-96, processo n.º 025339.

administrativo a intimação para a prestação de informações, passagem de certidões ou consulta de processos relativamente a procedimento de elaboração de regulamento de extensão⁹.

O Estatuto dos Tribunais Administrativos e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos referem-se ao agente administrativo, em sede de delimitação do âmbito da jurisdição administrativa; aos funcionários e agentes a propósito das acções de efectivação de responsabilidade civil, incluindo as acções de regresso, e da aceitação do acto para se aferir da admissibilidade da sua impugnação; ao funcionalismo público, para excluir as respectivas questões do recurso *per saltum* para o Supremo Tribunal Administrativo e para identificar um domínio privilegiado de aplicação da extensão dos efeitos da sentença; e ao funcionário em sede de execução de sentença anulatória que importe a sua “reintegração ou recolocação”; e às relações jurídicas de emprego público como matéria em que é possível dirimir por arbitragem os respectivos conflitos¹⁰. Os conceitos de agente administrativo, funcionário e agente foram abandonados pelo legislador ordinário no direito substantivo e o de funcionalismo público não tem expressão actual ou anterior recente no mesmo. O trabalhador que é parte na relação jurídica de emprego público, para além dos tipos de vínculo, não tem uma qualificação normativa específica; com a supressão legislativa dos qualificativos e das distinções, é apenas o de trabalhador que é referido. É este que, em geral, tem de ser visto naquelas alusões específicas, seja pela falta de apoio substantivo para tais categorias, seja por não ser útil à delimitação da esfera geral de jurisdição administrativa.

1.1. A delimitação da esfera de jurisdição segundo o regime jurídico-laboral

Os litígios relativos a relação jurídica de emprego público estabelecida por pessoa colectiva pública estão em geral submetidos à jurisdição administrativa, independentemente do tipo de vínculo laboral (contratual ou estatutário) e da sua exacta natureza jurídica (administrativa, privada ou mista). O critério determinante adoptado pelo legislador é o do regime jurídico aplicável. Os conflitos emergentes de relação jurídica de emprego público titulada por contrato de trabalho regido pelo Código do Trabalho e respectiva regulamentação estão excluídos do âmbito da jurisdição administrativa. Apenas algumas poucas pessoas colectivas públicas ou integradas na Administração Pública podem celebrar

⁹. Sobre estas situações, cfr. Acórdão da 2.ª Subsecção do CA do STA de 14-12-2005, processo n.º 0940/04, Acórdão do 1.º Juízo Liquidatário do TCA Sul de 19-01-2006, processo n.º 07147/03, Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 17-01-2008 e Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 26-06-2008, processo n.º 078/06.

¹⁰. Cfr. artigo 4.º, n.º 3, alínea d), do ETAF, artigo 37.º, n.º 2, alínea f), artigo 50.º, n.º 3, 151.º, n.º 2, 161.º, n.º 2, artigo 173.º, n.º 4, e artigo 187.º, n.º 1, alínea c), do CPTA.

contratos nestes termos. Em 2004, este número era significativo e a tendência era para que aumentasse de par com a utilização crescente do contrato de trabalho como vínculo da relação jurídica de emprego público¹¹.

Os vínculos laborais estabelecidos com pessoa colectiva pública são, hoje, em regra, titulados por contrato de trabalho mas o regime só em parte, e nesta parcialmente, é similar ao regime decorrente do Código do Trabalho e respectiva regulamentação, por, na sua aplicação à Administração Pública, este ser objecto de adaptações, com aditamentos, modificações e supressão de várias das suas disposições. Em aspectos nucleares, como o do regime das carreiras, o regime de prova na admissão, o das regras do recrutamento e métodos de selecção, o regime de remuneratório,... mantém-se a aplicação de uma disciplina diferente, a qual, apesar das alterações mais ou menos significativas, filia-se, numa linha de continuidade, com o clássico regime jurídico da função pública. A administrativização do Direito laboral comum aplicado aos contratos de trabalho enquanto título de uma relação jurídica de emprego público deslocou para a alçada dos tribunais administrativos os respectivos litígios¹².

No âmbito destes insere-se a efectivação de responsabilidade civil extracontratual dos “funcionários, agentes e demais servidores públicos” do Estado, de outras pessoas colectivas de direito público e dos sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico de responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público¹³. Quanto à responsabilidade civil dos trabalhadores de pessoas colectivas de direito privado sujeita àquele regime, trata-se da responsabilidade por “acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”¹⁴. A formulação legal não submete todos os litígios

¹¹. Em 2008, através da Lei 12-A/2008, de 27.02, o legislador deu «um passo atrás» na «privatização» iniciada, avulsamente, em meados dos anos 90 e afirmada com carácter geral em 2004, com a Lei 23/2004, de 22.06, e deu um passo atrás na medida em que, se por um lado, utiliza o contrato de trabalho como vínculo laboral regra das relações jurídicas de emprego público, também é verdade que mesmo aplicando este novo vínculo às relações jurídicas preexistentes – e foi possível mudar de um vínculo com uma natureza jurídico-administrativa estrita e com uma natureza supostamente unilateral para passar em massa para um vínculo contratual não era só para as relações a estabelecer no futuro, mas também para as relações estabelecidas – também é verdade, dizíamos que aplica um regime jurídico que, sendo à partida resultante do código de trabalho e respectiva regulamentação, modifica muito esse regime, não só pelos acrescentos e supressões que lhe introduziu, como também acabou por utilizar conceitos e instrumentos do clássico Direito da função pública e enxertá-los no novo regime.

¹². Cfr. art. 83.º, n.º 1 da Lei 12-A/2008, de 27/02 “Os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os competentes para apreciar os litígios emergentes das relações jurídicas de emprego público.” Desta disposição resultou a necessária alteração do artigo 4.º, n.º 3, alínea d) do ETAF, como veio a ser expresso pelo legislador com artigo 10.º na Lei n.º 59/2008, de 11.09, que aprova o regime do contrato de trabalho em funções públicas.

¹³. Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alíneas h) a j), do ETAF.

¹⁴. Cfr. artigo 1.º, n.ºs 3, 4 e 5 do regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas aprovado pela Lei 67/2007, de 31.12.

relativos à responsabilidade dos trabalhadores das pessoas colectivas privadas àquele regime e jurisdição. Será de excluir a responsabilidade de trabalhadores cujas acções ou omissão não envolvem nem o exercício de poderes de autoridade pública nem são reguladas pelo Direito Administrativo. Em geral, dir-se-á que os trabalhadores das pessoas colectivas privadas estarão nesta situação. Não será, no entanto, o caso dos trabalhadores parte numa relação jurídica de emprego de direito privado estabelecida com uma pessoa colectiva privada de raiz pública, materialmente inserida na Administração Pública, sobre os quais recaiam deveres de serviço público (trabalhadores de um hospital sociedade anónima de capitais públicos). Quando se tratam de pessoas colectivas privadas que a exercem instrumental, acessória e contratualmente a função administrativa, a responsabilidade própria do seu exercício recai sobre àquelas e não os seus trabalhadores, pelo que estes, em geral, pelas suas acções e omissões responderão, em regra, nos termos civilísticos gerais, consonantes com a liberdade de empresa e na autonomia privada laboral (artigos 62.º, n.º 1, e 80.º, alínea c), e 26.º, n.º 1, da CRP), sendo os respectivos litígios dirimidos nos tribunais judiciais. Só será aceitável a aplicação do regime de responsabilidade administrativa quando e na medida em que realizem tarefas imediatizadas por tais parâmetros, o que não será comum.

Os litígios laborais excluídos da jurisdição administrativa são os litígios relativos a contratos de trabalho regulados pelo direito laboral comum¹⁵ celebrados por pessoas colectivas integradas na Administração Pública¹⁶. Entre estas, figuram, fundamentalmente, os institutos públicos de regime especial e/ou entidades administrativas regulatórias¹⁷, as entidades públicas empresariais e, em certos casos, empresas públicas constituídas nos termos da lei comercial¹⁸. Os litígios em causa reportam-se a contratos celebrados, a

¹⁵. Sem prejuízo da vinculação a um mínimo denominador comum de regime jus-publicista.

¹⁶. Cfr. artigo 4.º, n.º 3, alínea d), do CPTA.

¹⁷. A Lei-quadro dos institutos públicos (Lei n.º 3/2004, de 15.01, na versão que considera as suas alterações) integra as entidades administrativas independentes entre os institutos de regime especial. O regime laboral do seu pessoal é o regime do contrato individual de trabalho, aplica-se-lhe o Código de Trabalho e respectiva regulamentação, e algumas disposições do regime geral dos trabalhadores da Administração Pública (Lei n.º 12-A/2008, de 27.02) que relevam para o controlo da despesa relativa aos trabalhadores, incluindo o controlo do seu número. A Lei do Orçamento de Estado para 2009 (Lei 64-A/2008) prevê a adaptação dos estatutos das entidades administrativas reguladoras até finais de 2009 ao disposto naquele diploma, fundamentalmente, no que respeita ao regime remuneratório.

¹⁸. Considere-se, por exemplo, o caso dos hospitais integrados no Serviço Nacional de Saúde e a mutabilidade recente das suas formas organizativas (*v.g.*, estabelecimentos públicos, entidades públicas empresariais e sociedades anónimas de capitais públicos). A esta mutabilidade sobrevivem, justificada pelas obrigações de serviço público que envolvem os seus trabalhadores, vinculações jurídico-públicas atinentes ao direito de acesso aos respectivos empregos públicos e aos princípios gerais da actividade administrativa que se projectam sobre os respectivos deveres funcionais. Sobre as formas organizativas públicas e privadas do sector público e a relação com o respectivo regime de pessoal ver Nicolás Maurandi Guillén, “Las personificaciones jurídicas del sector público español, Tipología y Régimen de Personal”, in *El Ambito Privado del Sector Publico*, XXIV Jornadas de Estudio, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, D.L. 2003, Imprensa Nacional del Boletín Oficial del Estado.

relações jurídicas já constituídas. Os referentes ao processo formativo, ao procedimento administrativo de recrutamento dos respectivos trabalhadores, estes devem ser dirimidos na jurisdição administrativa¹⁹. De igual modo, se estiver em causa a validade do contrato por vícios relativos ao procedimento formativo²⁰. São, ainda, de considerar as questões jurídicas suscitadas em conflito relativo a contrato de trabalho que convocam a aplicação de aspecto de regime sem paralelo no Código de Trabalho e respectiva regulamentação, atenta a submissão geral à jurisdição administrativa dos litígios relativos a contratos a respeito dos quais existem normas de direito público que regulam aspectos do respectivo regime substantivo²¹. No que se refere à intimação para prestar informações, permitir a consulta de documentos ou passar certidões relativa às relações laborais privadas, observa-se que depõe no sentido da sua disciplina pelo regime geral do acesso à informação administrativa e submissão à jurisdição administrativa²² o seguinte: i) nem sempre é possível separar o reflexo de vinculações jurídico-públicas sobre as relações laborais privadas daquilo que é o regime comum destas; ii) igualmente não o é separar a garantia de acesso a documentos de uma pessoa colectiva privada justificada pelo facto de prestar serviço público²³ ou de satisfazer necessidades colectivas públicas²⁴ do acesso a documentos que só relevam para estes de forma instrumental; iii) depois, porque a informação relativa às relações laborais privadas de pessoas colectivas privadas não está, em geral, abrangida pelo direito à reserva da intimidade da vida privada e do direito à protecção dos cidadãos contra a recolha e tratamento abusivo de dados informatizados de natureza pessoal (respectivamente, artigo 26.º, n.º 1, da CRP e artigo 35.º, n.º 4, da CRP)²⁵; iv) e, ainda, porque o exercício das

Acresce referir que o Direito da União Europeia impõe às empresas públicas que estão no mercado numa posição não concorrencial ou insuficientemente concorrencial a sujeição, em matéria de contratação, aos princípios da concorrência, igualdade e transparência. Por identidade de razão, se o acesso aos empregos públicos não funciona segundo o «mercado aberto», importa que o Direito induza ou assegure a concorrência necessária, de modo que todas as pessoas interessadas possam disputar o correspondente bem ou vantagem públicos.

¹⁹. Cfr. art. 4.º, n.º 1, alínea e) do ETAF, artigo 2.º, n.º 5, do CPA e, por exemplo, artigo 26.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27.05 (lei orgânica da Entidade Reguladora da Saúde).

²⁰. Não é de excluir uma acção administrativa comum, pretensão – fundada na violação de princípios gerais da actividade administrativa – dirigida a impedir a celebração do contrato com fundamento em conduta administrativa violadora de tais princípios conjugada com a providência cautelar de intimação para a abstenção de uma conduta (artigo 37.º, n.º 1, alínea c), e artigo 112.º, n.º 2, alínea f), do CPTA). Neste sentido, Miguel Assis Raimundo, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública, 2007, p. 269.

²¹. Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea f) e alínea a), do ETAF.

²². Cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea l), do CPTA e artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do ETAF.

²³. Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 06-01-2010, processo n.º 0965/09.

²⁴. Parecer da CADA n.º 246/2006, de 6.12.2006, processo n.º 254/2006.

²⁵. A publicidade de aspectos como a “identidade civil”, “A categoria profissional, a profissão, a situação profissional, as habilitações, o número de Segurança Social, as datas de nascimento, de admissão na empresa, da última promoção, as remunerações pagas, designadamente a remuneração base, as diuturnidades, as prestações regulares e irregulares e as horas extraordinárias dos trabalhadores” foi considerada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 557/2007, de 13.11, como constitucionalmente não colidente com o

garantias fundamentais de acesso à informação relevante para os administrados não há-de ficar dependente da variação nas formas organizativas e regimes aplicáveis²⁶.

1.2. A jurisdição administrativa e a modificação da relação jurídica de emprego público

A modificação da relação jurídica de emprego público coloca, por vezes, dúvidas quanto ao tribunal competente para dirimir os litígios. A modificação pode ser definitiva²⁷ ou temporária e, neste caso, por período determinado ou indeterminado²⁸. Pode traduzir-se numa alteração da natureza do vínculo laboral, que, no caso de ser indeterminada, traduz-se na sua novação²⁹; e pode importar a constituição de uma outra relação jurídica de emprego, por tempo determinado ou indeterminado, sem extinção da existente de natureza administrativa ou de natureza jus-privatista³⁰. Pode, ainda, a modificação verificar-se no regime mantendo-se o vínculo jurídico: no essencial, o trabalhador mantém o vínculo jurídico-administrativo e, quanto aos aspectos estruturais deste, como a extinção, o regime correspondente, passando o mesmo a ser regulado em geral pelo Direito laboral comum³¹.

Neste entrecruzamento de tipos de vínculo e regimes jurídicos, para a determinação do tribunal competente para apreciar os respectivos litígios relevam os seguintes parâmetros:

- a) Quando a modificação ocorre na natureza do vínculo, os litígios dirimem-se nos tribunais administrativos ou nos tribunais de trabalho, em função do momento em que ocorreu e do direito convocado para a sua resolução: por exemplo, cabe aos tribunais administrativos aferir da validade da sanção disciplinar aplicada ao trabalhador, segundo o estatuto disciplinar correspondente, por infracção cometida em momento anterior à alteração do vínculo;
- b) Na situação em que a constituição de uma outra relação jurídica não prejudica a subsistência da anterior, dando lugar à acumulação de empregos públicos ou de

direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à protecção dos cidadãos contra a recolha e tratamento abusivo de dados informatizados de natureza pessoal (respectivamente, artigo 26.º, n.º 1, da CRP e artigo 35.º, n.º 4, da CRP). Na argumentação do Tribunal destaca-se a referência, por um lado, ao facto de estarem em causa “aspectos relevantes da e para a relação laboral” e dados de identidade pessoal do conhecimento público e não aspectos relativos à vida privada (como seria, sim, por exemplo, a informação sobre as convicções políticas e religiosas do trabalhador) e, por outro lado, o facto de estar em causa “a prossecução de um interesse constitucionalmente relevante que é o de garantir aos trabalhadores a não discriminação no seio da empresa” – Acórdão da 3.ª Secção do TC n.º 555/2007, de 13.11, processo n.º 395/07.

²⁶. Cfr. artigo 268.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do ETAF.

²⁷. Por exemplo, no caso da transferência de actividade para empresa ou estabelecimento privado.

²⁸. Por exemplo, a modificação resultante de cedência de interesse público.

²⁹. Sobre o conceito de novação, Luís Manuel Teles de Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, Volume II, *Transmissão e Extinção das Obrigações*. Não cumprimento e garantias do crédito, 7.ª edição, 2010, pp. 215 a 217.

³⁰. A cedência de interesse público para pessoa colectiva pública implica, em regra, a utilização da modalidade adequada da relação jurídica de emprego público.

³¹. Sobre estas situações, ver Acórdão do Tribunal de Conflitos de 04-11-2008, processo n.º 023/07.

emprego privado com emprego público (acumulação que, nalguns casos, é, em grande medida, apenas formal, por importar, no essencial, a suspensão dos efeitos jurídicos do vínculo anterior³²) a competência jurisdicional para resolver os respectivos litígios determina-se segundo a relação jurídica a que respeitam. O mesmo se passa quando a nova relação jurídica não tem autonomia em face da anterior, no sentido em que foi com base naquela que foi possível a sua constituição, pois, aqui, a consideração daquela e do seu regime é sobretudo relevante para a resolução dos problemas inerentes à articulação de ambos os regimes³³;

- c) Nas demais situações e em geral, a competência é determinada pelos termos em que o autor configura a acção, pelo pedido e pelo direito que convoca³⁴: o tribunal competente é o tribunal de trabalho se, por exemplo, o trabalhador pede a condenação do empregador ao pagamento de “remunerações acessórias, diferenças salariais e subsídios de férias não pagos”, nos termos do regime laboral privado que regula, nessa parte, o vínculo laboral administrativo, e não em função da natureza deste³⁵.

1.3. A utilização da arbitragem e de meios extrajurisdicionais de resolução de controvérsias

É possível a composição por arbitragem de litígios relativos a relações jurídicas de emprego público: pode ser constituído tribunal arbitral para julgamento de “litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis³⁶ e quando não resultem de acidente de trabalho ou doença profissional” e pode o Estado autorizar a constituição de centros de arbitragem permanente que resolvam

³². São, hoje, as situações de cedência, sobretudo, de cedência de interesse público (artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 12-A/2008, de 27.02) que titulam a mobilidade de trabalhador para pessoa colectiva pública ou privada não abrangida pelo âmbito de aplicação da lei, dando lugar a uma nova relação jurídica de emprego sem que a anterior cesse.

³³. Ver o Acórdão do Tribunal de Conflitos de 05-12-2006, processo n.º 08/06 (Instituto da Solidariedade e Segurança Social – pessoal dirigente – funcionário público – contrato individual de trabalho – cessação de comissão de serviço).

³⁴. Neste sentido, ver os Acórdãos do Tribunal de Conflitos de 19-01-2006, processo n.º 013/03, de 08-11-2005, processo n.º 011/05, e de 26-04-2006, processo n.º 06/05, Acórdão da 4.ª Secção do STJ de 30-01-2002, revista n.º 1440/01, e Acórdão do Tribunal de Conflitos de 10-07-2007, processo n.º 014/05.

³⁵. O Tribunal de Conflitos considerou, diversamente, no Acórdão de 04-11-2008, processo n.º 023/07, que, emergindo a pretensão enunciada de “uma relação jurídica de emprego público e não de uma relação laboral de direito privado”, a respectiva apreciação cabia os tribunais administrativos. No mesmo sentido, cfr. Acórdão do Tribunal de Conflitos de 05-12-2006, processo n.º 08/06.

³⁶. Por exemplo, o direito a férias é irrenunciável e, em regra, não pode ser substituído por compensação económica ou outra (artigo 171.º, n.º 2, do RCTFP). Anna Simonati refere entre a categoria dos direitos indisponíveis o “direito ao recurso”, por, para além dos interesses do recorrente, estar em causa a legalidade objectiva (Nuovi Poteri del Giudice Amministrativo e Remedi Alternativi al Processo. L’Esperienza Francesa, Quaderni del Dipartimento 45, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2004, p. 110).

questões atinentes³⁷. O espaço da arbitragem é delimitado pela autonomia individual e colectiva da conformação da relação jurídica, a qual compreende, em princípio, a possibilidade de acordo sobre a própria resolução dos respectivos litígios³⁸. A arbitragem, nalguns casos, é obrigatória (por exemplo, em certos termos, a definição por um colégio arbitral dos serviços mínimos e dos meios necessários para os assegurar e no caso de caducidade de acordo colectivo de trabalho sem que tenha sido celebrado no prazo de um ano um outro e uma vez esgotados os meios de resolução de conflitos colectivos³⁹). A possibilidade de recurso à arbitragem em sede de emprego público, mesmo se inexistisse previsão legal específica, decorreria da recondução de vários dos seus conflitos às situações gerais em que é possível o recurso à arbitragem, pois estes envolvem, também, questões relativas a contratos, incluindo a actos administrativos relativos à respectiva execução, à responsabilidade civil extracontratual e a actos que possam ser revogados sem fundamento em ilegalidade (como, por exemplo, a designação precária de um trabalhador para um cargo público)⁴⁰.

A arbitragem permite resolver – por um “processo semelhante ao judicial”, segundo “as garantias processuais básicas do Estado de Direito”, como a independência e imparcialidade do órgão arbitral e o princípio do contraditório⁴¹ –, litígios que reclamam soluções céleres e «recuperativas» ou «restaurativas» da relação jurídica. A relação do empregador público e do trabalhador é, como uma qualquer relação de emprego, uma relação assimétrica, de interesses contrapostos, sem prejuízo da sua dimensão colaborativa acentuada pelo respectivo carácter contínuo. Neste quadro, também as formas «amigáveis» de resolução dos conflitos laborais, como a mediação e a conciliação⁴², propiciam a recuperação do relacionamento jurídico ordinário ou «restaurar» a sua necessária feição colaborativa⁴³. Constituem uma alternativa útil aos meios de impugnação administrativa, por, ao invés destes, não tenderem para a mera revisão, por atenderem à equidade como

³⁷. O artigo 180.º, n.º 1, alínea d), e artigo 187.º, n.º 1, alínea c), do CPTA.

³⁸. A possibilidade de acordar “para resolver processualmente relações jurídicas e fixar condições de protecção jurídica” – Wolfgang Heyde, “La jurisdicción”, in Manual de Derecho Constitucional, de Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde, tradução espanhol de 1996 de Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1994, p. 783, e artigo 348.º, alínea d), do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11.09).

³⁹. Cfr. artigos 400.º, n.º 3, e 364.º, n.º 5, do RCTFP.

⁴⁰. Sobre o “alargamento do âmbito da arbitragem” na Reforma de 2002, ver José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10.ª edição, 2009, pp. 144 a 146.

⁴¹. Wolfgang Heyde, “La jurisdicción”, cit., p. 784.

⁴². Para esta distinção, ver Alfonso Masucci, “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”; *Revista de Administración Pública*, núm. 178, Madrid, enero-abril, pp. 15 e 16.

⁴³. Relativamente à contratação pública, Anna Simonati destaca o interesse do co-contratante, do adjudicatário e dos concorrentes manterem boas relações com a entidade adjudicante ou com o contraente público – *Nuovi Poteri del ...*, cit., p. 98.

parâmetro de decisão e por não reproduzirem o respectivo desnível de poder⁴⁴. Procura-se “um acordo alcançado pelas partes mediante um processo de aproximação conduzido e facilitado por um «terceiro» (...) que não impõe nenhuma solução”⁴⁵.

2. Dos pressupostos processuais

2.1. Dos pressupostos processuais em geral

A definição e a aplicação dos pressupostos processuais colocam-se no plano do direito de “acesso das pessoas à jurisdição” ou a um processo legal em que possam obter a resolução, por um órgão jurisdicional, de uma controvérsia⁴⁶ e, portanto, no plano do direito a uma tutela judicial efectiva⁴⁷. O direito é de quem, tendo um direito ou interesse legítimo que em concreto careça de tutela, do processo possa retirar utilidade ou vantagem jurídica⁴⁸. Os pressupostos processuais que condicionam o seu exercício devem estear-se em bens ou interesses constitucionalmente fundados e razoáveis⁴⁹.

No contencioso do emprego público, é pacífico o reconhecimento da legitimidade das associações sindicais para intentar ou ser parte em acção judicial para a defesa dos direitos e interesses colectivos e para a defesa colectiva dos direitos e interesses individuais⁵⁰. Nesta segunda situação, não há que perder de vista o carácter representativo da intervenção e, portanto, a necessidade de aferir os pressupostos da competência do tribunal territorialmente competente e do interesse em agir em função do representado⁵¹. A legitimidade das associações sindicais para a defesa processual dos interesses individuais deve depender sempre da aceitação da representação pelo trabalhador ou da junção ao

⁴⁴. Os meios de resolução extrajudicial são instrumentos de diversificação das formas de resolução das controvérsias. Permitem às partes obter a composição dos seus interesses em conflito de forma menos dispendiosa, mais rápida e “com maior amplitude do espaço valorativo”. Não excluindo o recurso à via judicial, sempre lhes permite aferir das possibilidades de procedência das suas pretensões. Podem contribuir para assegurar a “eficiência da acção administrativa”, dado permitirem uma «justiça» mais pronta e, portanto, prevenir que a Administração seja prejudicada pela demora na certeza dessa correcção. Cfr. Anna Simonati, *Nuovi Poteri ...*, cit., pp. 94 a 96, 98, 107 e 156.

⁴⁵. Alfonso Masucci, “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”; *Revista de Administración Pública*, núm. 178, Madrid, enero-abril, p. 14.

⁴⁶. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Casa Editorial, S.A., primera edición, abril, 1994 pp. 18, 22, 24 a 27 e 42 a 49.

⁴⁷. Francisco Chamorro Bernal, pp. 11 a 13 e 19.

⁴⁸. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva*, cit., p. 52.

⁴⁹. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva*, cit., p. 28.

⁵⁰. Cfr. art. 310.º, n.º 2, do RCTFP e artigos 9.º, n.º 2, 40.º, n.º 1, alínea b), 51.º, n.º 1, alínea c), e 108.º, n.º 1, alínea b), do CPTA.

⁵¹. Sobre o assunto, Acórdão da 2.ª Subsecção do CA do STA de 22-10-2003, processo n.º 0655/03, Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 04-03-2004, processo n.º 01945/03, Acórdão do 2.º Juízo do CA do TCA Sul de 01-06-2006, processo n.º 01565/06, e Acórdão do TCA Sul de 18-01-2007 (legitimidade de associação sindical – titular da relação material controvertida – excepção do caso julgado) e Acórdãos do STA de 15-03-2007, processo n.º 02196/06 e 29-03-2007, processo n.º 089/07.

processo de comprovativo da sua situação de sócio vigente⁵², para garantia da “liberdade individual do trabalhador”⁵³. Os enunciados da lei fazem ou permitem a distinção face à legitimidade para a defesa de direitos e interesses colectivos, que a não ser feita cerceia a liberdade individual dos trabalhadores⁵⁴. Às associações sindicais é atribuído o benefício da isenção do pagamento de custas⁵⁵. A diferença entre a intervenção judicial motivada pela defesa de interesses colectivos (ainda que reportada a decisões individuais⁵⁶) e a defesa de interesses individuais, também, aflora na previsão legal de isenção de pagamento de custas pelos trabalhadores, em matéria de direito do trabalho, quando representados pelos serviços jurídicos do sindicato, se forem gratuitos para o trabalhador, este não aufera rendimento para além de certo valor e tenha, em regra, “recorrido previamente a uma estrutura de resolução de litígios”⁵⁷.

A legitimidade individual afere-se pela titularidade de um direito ou interesse legalmente protegido ou pela titularidade de um interesse directo e pessoal⁵⁸. Nesta sede, discute-se, relativamente aos concursos de recrutamento, se os candidatos nele aprovados podem impugnar a decisão que lhes permite obter os correspondentes empregos⁵⁹ e se o pode fazer um candidato que foi excluído ou ordenado em lugar que não lhe confere o direito ao provimento. Os concorrentes enquanto destinatários do acto são configuráveis como partes legítimas em acção judicial dirigida à sua impugnação e/ou à condenação à prática de acto devido. Há que verificar, não obstante, se, na situação concreta, têm necessidade

⁵². O entendimento prevalecente é, porém, o de que não é exigido que o trabalhador esteja filiado na associação sindical e a jurisprudência dispensa mesmo um mandato específico. Cfr. Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 06-02-2003, processo n.º 01785/02.

⁵³. Sobre a jurisprudência neste sentido do Conselho Constitucional francês, ver Jean-François Lachaume e Hélène Pauliat, *Droit administratif (Les grandes décisions de la jurisprudence)*, 14^e édition, 2007, p. 689.

⁵⁴. Em sentido diferente, Acórdão n.º 10/2007, do pleno da Secção do Contencioso Administrativo do STA de 29-03-2007, processo n.º 89/2007 – 1.ª Secção, in *DR.*, 1.ª série, n.º 132, de 11-07-2007, pp. 4404 a 4406, que se apoia, em síntese, na dimensão não substantiva da legitimidade processual, nos enunciados normativos (que, na verdade, fazem a distinção entre a defesa colectiva de interesses colectivos e a defesa colectiva de interesses individuais dos trabalhadores) e na aceitação de uma ideia de “acção colectiva egoísta”. Não se pode retirar da norma legal que reconhece legitimidade às associações sindicais legitimidade para agir em juízo na defesa de interesses individuais a regulação das condições para o seu exercício, designadamente, a leitura segundo a qual fica dispensada a manifestação de vontade do trabalhador nessa representação.

⁵⁵. Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento das Custas Processuais, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26/02.

⁵⁶. Jean-François Lachaume e Hélène Pauliat, *Droit administratif ...*, cit., p. 690.

⁵⁷. Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento das Custas Processuais e artigo 187.º, n.º 3, do CPTA.

⁵⁸. Cfr. artigos 9.º, n.º 1, 40.º, 55.º e 68.º do CPTA.

⁵⁹. Pedro Gonçalves, “Quem vence um concurso para escolha de funcionários a nomear: o primeiro classificado ou, em conjunto, todos os que ficam em condições de ser nomeados?”, *CJA* n.º 6, Novembro/Dezembro 1997, pp. 13 a 22, Acórdão do STA de 16-05-2001, processo n.º 033271, e Acórdão da 3.ª Subsecção do CA do STA de 16-01-2001, processo n.º 033271.

efectiva de tutela judiciária, se “têm a ganhar ou a perder qualquer coisa com o processo”⁶⁰
61. Quanto ao candidato excluído não poderá impugnar a decisão final se tiver sido notificado, oportunamente, da exclusão e tiver tido efectiva oportunidade de reagir, atempadamente, à mesma⁶².

Tem legitimidade passiva a entidade administrativa demandada/requerida, por um lado, e, por outro lado, as “pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor”⁶³, em função dos quais se mobilizam para agir em juízo, e cuja intervenção é ditada, também, pela necessidade de justiça do processo e da respectiva decisão, assim como pela sua utilidade/eficácia⁶⁴. Para tanto, há que ajuizar do alcance subjectivo dos efeitos da sentença, isto é, saber quem será afectado com a sua procedência. No caso das acções impugnatórias, tal depende do tipo de acto, do pedido e da causa de pedir, embora, quanto a esta, a configuração da lide pelo autor possa não ser suficiente, atento o dever do juiz “identificar a existência de causas de invalidade diversas das que tenham sido alegadas”⁶⁵. Num concurso, surgem como contra-interessados o(s) beneficiário(s) do acto impugnado e, em regra, aqueles que, não o sendo, estão ordenados numa posição relativa superior⁶⁶, da qual possam retirar vantagem e que possam vir a ser preteridos em detrimento do autor na sequência da sentença⁶⁷.

Nas acções impugnatórias, releva, também, a impugnabilidade do acto, determinada pela susceptibilidade de se projectar na esfera jurídica de outros sujeitos. Não tem de ser um acto horizontal, materialmente e, em regra, verticalmente definitivo; como noutros domínios, em diversas áreas do emprego público, as impugnações administrativas deixaram de ser obrigatórias⁶⁸. Em geral, a verdade é que a conexão entre o procedimento e o

⁶⁰. William F. Fox, *Understanding Administrative Law*, fifth edition, LexisNexis, 2003, p. 265.

⁶¹. A falta de comparação por parte de candidato à prova de conhecimento, sem invocar e justificar justo impedimento, determinante da sua exclusão preclui a verificação de interesse em agir – Acórdão do 1.º Juízo Liquidatário de 11-10-2007, processo n.º 07463/03.

⁶². Cfr. artigo 51.º, n.º 3, do CPTA.

⁶³. Cfr. artigo 10.º do CPTA.

⁶⁴. A intervenção processual dos contra-interessados tem, essencialmente, uma função e um fundamento subjectivos; é, também, ditada pelos princípios do contraditório e da igualdade. Ver Paulo Otero, “Os contra-interessados em contencioso administrativo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, *Studia Iuridica*, 61: *Ad Honorem*, 1, pp. 1080 a 1091. O autor destaca, igualmente, uma função objectivista para essa intervenção, a da garantia do “efeito útil da decisão judicial anulatória do recurso contencioso, a unidade do sistema jurídico e um exercício mais racional e eficiente da função jurisdicional pelos tribunais” (p. 1091). A utilidade da decisão, na nossa perspectiva, releva, sobretudo e de forma visível para o autor/requerente. As demais virtudes têm relevância secundária dado constituírem efeitos mediatos e nem sempre verificáveis.

⁶⁵. Cfr. artigo 95.º, n.º 2, do CPTA.

⁶⁶. Acórdão da 1.ª Subsecção do CA de 23-06-2005, processo n.º 01348/04.

⁶⁷. Sobre a determinação dos contra-interessados em processo impugnatório relativo a procedimento concursal, ver Paulo Otero, “Os contra-interessados ...”, cit., pp. 1091 a 1102.

⁶⁸. Por exemplo, no regime dos concursos, no regime da avaliação de desempenho e no regime disciplinar.

processo é possível através de múltiplos actos que não apenas através do acto conclusivo decisor daquele⁶⁹. Entre os actos passíveis de impugnação figura, por exemplo, o aviso de abertura do concurso que enuncie requisitos sem base legal ou que concretize em termos infundados (injustificados à luz do emprego a prover) requisitos delimitados pela lei, que impeçam a candidatura de interessado e o aviso que contenha menções que «predeterminam» ordenação ilegal⁷⁰. De referir, ainda, é a dificuldade que suscita a impugnação de certos actos, por ser incerto o seu carácter não normativo e nem sempre ter a correspondente expressão formal (como, por exemplo, a resolução do Conselho de Ministros que permite a requisição civil⁷¹⁻⁷²).

2.2. A aceitação do acto pelo trabalhador

A aceitação expressa ou tácita de um acto administrativo implica que o interessado não o possa impugnar⁷³. Funciona como um pressuposto processual negativo, uma condição adicional de que depende o conhecimento do fundo da causa⁷⁴. Quanto o destinatário do acto é um trabalhador parte numa relação jurídica de emprego público não prejudica a impugnação o seu acatamento ou execução a não ser que possa escolher a oportunidade da execução⁷⁵. Acatar ou executar o acto é, em geral, para o trabalhador um dever legal ou contratual: traduz-se na realização de tarefa inserida na sua prestação de trabalho e/ou reconduz-se ao cumprimento do dever de diligência e/ou do dever de obediência. Não se podem assacar efeitos desfavoráveis ao cumprimento de um dever, uma vez não tendo o trabalhador liberdade de actuação. Considere-se as situações de fixação pelo empregador de

⁶⁹. Sérvulo Correia, “Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, in Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares, cit., pp. 1185 e 1186.

⁷⁰. Cfr. artigo 51.º, n.º 3, do CPTA.

⁷¹. O STA considerou, no Acórdão da sua 1.ª Subsecção do CA de 25-06-98, processo n.º 043023, que a resolução do Conselho de Ministros “que reconhece a necessidade de se proceder à requisição civil dos trabalhadores da TAP, associados no Sindicato da Aviação Civil, e autoriza a promover a sua requisição civil é um acto materialmente administrativo, nele não concorrendo as notas de generalidade e abstracção que caracterizam os actos normativos”.

⁷². E a decisão administrativa invocada estar contida no n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27.2, decisão produtora de efeitos “imediatamente vinculativo[s] para agentes perfeitamente individualizáveis” – Acórdão da 2.ª Subsecção do CA de 12-05-2010, processo n.º 0375/09 (a expressão destacada é de Rosendo José em voto de vencido). Cfr., também, Acórdão da 1.ª Subsecção do CA de 23-10-2008, processo n.º 0593/08 (“acto administrativo – diploma legislativo”).

⁷³. Cfr. art. 56.º, n.º 1 e 2, do CPTA: “1. Não pode impugnar um acto administrativo quem o tenha aceitado, expressa ou tacitamente, depois de praticado. 2. A aceitação tácita deriva da prática, espontânea e sem reserva, de facto incompatível com a vontade de impugnar.” Esta era também a redacção, com ligeiras alterações, do artigo 47.º, parte inicial e § 1.º do Regulamento do STA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 41 234, de 20.08.1957.

⁷⁴. Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa, cit., pp. 307 e 308.

⁷⁵. “A execução ou acatamento por funcionário ou agente não se considera aceitação tácita do acto executado ou acatado, salvo quando dependa da vontade daqueles a escolha da oportunidade da execução” (artigo 56.º, n.º 3, do CPTA). Para redacção idêntica, salvo quanto ao aditamento do termo “agente”, ver artigo 47.º, parte inicial e § 1.º, do Regulamento do STA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 41 234, de 20.08.1957.

horário de trabalho, a determinação para que cesse o exercício de emprego privado que acumulava com emprego público e o indeferimento do pedido de acumulação de empregos públicos. Noutros casos, não existe um dever jurídico e ainda assim o assentimento do trabalhador não pode ter efeito preclusivo. Pense-se na aceitação do vínculo da nomeação, que é uma condição de eficácia desta. Aqui, não se trata de o trabalhador acatar ou executar o acto, mas da expressão da sua vontade livre e esclarecida. O alcance da aceitação do trabalhador afere-se, então, nos termos gerais, isto é, avalia-se da admissibilidade da impugnação em face da conduta anteriormente adoptada⁷⁶. No que respeita à aceitação da nomeação, pode dizer-se que manifesta a vontade do trabalhador de constituição ou modificação de relação jurídica de emprego, mas não necessariamente a adesão ou concordância com o seu conteúdo, não traduzindo, assim, em geral, um comportamento incompatível com a vontade de impugnar⁷⁷. De igual modo, não se pode ter como expressão incompatível com a vontade de impugnar o acto homologatório de lista de classificação final de um concurso a constituição posterior de uma outra relação jurídica de emprego: o trabalhador não perde, por isso, o interesse na relação jurídica de emprego outra a que aquele tende⁷⁸. De rejeitar é o entendimento de que o particular não tem legitimidade para impugnar a decisão final do concurso com fundamento na ilegalidade de menções do aviso de abertura quando a este não reagiu, por suposta aceitação dos seus termos⁷⁹. A apresentação a concurso e a subsequente participação no mesmo diz do interesse do particular no emprego em causa e, portanto, do seu interesse em discutir as ilegalidades que dele o afastam, desde logo, as contidas no aviso de abertura. Considere-se, ainda, uma outra situação: a do indivíduo que contesta a decisão final de um procedimento concursal para provimento de emprego e a quem é proposto pela entidade pública a celebração do contrato de tarefa ou a sua designação em comissão de serviço como dirigente. Mais uma vez a actuação do trabalhador tem de ser vista em termos gerais, não sendo analisável como acatamento ou execução de acto; do que se trata é de avaliar se o estabelecimento de um outro vínculo com a mesma entidade pública é contraditório com a vontade de discutir judicialmente o concurso⁸⁰.

A referência à oportunidade da execução do acto como não obstando à preclusão do exercício do direito de impugnar induz a ideia de que está na disponibilidade do trabalhador quanto, designadamente, ao se e ao momento em que tem lugar. Se, por

⁷⁶. Aplicam-se os n.ºs 1 e 2 do artigo 56.º do CPTA e não o n.º 3 do mesmo artigo.

⁷⁷. Acórdão do TCA de 23-04-1998, processo n.º 426/97.

⁷⁸. Acórdão do STA de 04-11-1998, processo n.º 40618.

⁷⁹. Acórdão da 3.ª Subsecção do CA do STA de 16-05-2001, processo n.º 033271.

⁸⁰. A situação não é analisável em termos de acatamento ou execução de acto nos termos do n.º 3, tem que ser discutida no âmbito do n.º 1 e do n.º 2.

exemplo, o trabalhador solicita ao empregador mudança de local de trabalho ou dá o seu acordo a mudança pretendida por aquele, mudança a que se associa variação funcional, pode admitir-se que não é coerente com a vontade manifestada a contestação judicial subsequente dessa variação funcional.

3. Os meios processuais

3.1. Os meios processuais principais

3.1.1. As formas de acção e a relevância das acções de prestação

O vínculo comum da relação jurídica de emprego público é o contrato de trabalho⁸¹. Como tal, a expressão típica da manifestação de vontade das partes é a declaração negocial. A dimensão estatutária e organizativa de parte do seu regime permite ao empregador dispor unilateralmente (ou relevar a sua omissão) quanto a alguns aspectos da relação jurídica, como sejam a avaliação do desempenho do trabalhador e extrair consequências disciplinares do não cumprimento de deveres e obrigações pelo trabalhador. Não quadro, não se devem sobrevalorizar as pretensões relativas a actos administrativos: em muitas delas, trata-se, na verdade, de efectivar direitos e obrigações das partes na relação jurídica de emprego e, portanto, de fazer valer “pretensões de conteúdo opositivo ou pretensivo”⁸². Não se podem estabelecer nexos necessários entre o tipo de vínculo laboral e as pretensões formuladas: um contrato de trabalho não exclui pretensões relativas a acto administrativo e o vínculo de nomeação não exclui acções de prestação⁸³; e, se, em certas áreas da relação jurídica de emprego público, as pretensões formuláveis apontam para a utilização, fundamentalmente, da acção administrativa especial, como é o caso das pretensões em matéria disciplinar, não é de excluir a utilização da acção administrativa comum, por exemplo, para obter o cumprimento de acordos endoprocedimentais que tenham sido celebrados nos limites da margem de apreciação e/ou decisão. Coexistem no emprego público “momentos de autoridade e momentos paritários”⁸⁴, sendo em função destes e,

⁸¹. Contrato de trabalho em funções e contrato individual de trabalho sujeito ao Direito laboral comum.

⁸². Rui Chancerelle de Machete nota, em geral, aquilo que também é pertinente para o emprego público, a saber: “...é indubitável que, quando por efeito da subjectivação das normas de direito público, fenómeno aliás cada vez mais frequente, a Administração se encontre perante situações subjectivas de direitos ou de interesses legítimos dos particulares, e as ofenda, daí nasçam pretensões de conteúdo opositivo ou pretensivo e os correspondentes deveres ou obrigações” – “Execução de Sentenças Administrativas”, *Estudos de Direito Público*, 2004, p. 273.

⁸³. Sobre a percepção desta realidade em Itália, num quadro geral da «privatização» do emprego público afirmado desde, pelo menos, 1992, ver Michele Corradino, *Il Diritto Amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, 2007, pp. 1025 e segs.

⁸⁴. Sergio De Felice, “Le tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della P.A.”, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 4, a. XXIII, Fascicolo IV, Dicembre 2005, p. 878.

fundamentalmente, das pretensões em causa⁸⁵, que tem de ser aferida, na medida do possível no respeito da escolha do autor, a idoneidade dos meios processuais à respectiva tutela. Em qualquer dos casos (incluindo na situação de omissão de pronúncia), é a relação material controvertida que é convocada e o acertamento, declarativo e executivo, dos direitos e interesses das partes na relação laboral no caso concreto⁸⁶.

A influência do Direito da União Europeia alarga o leque das pretensões dos sujeitos em face dos empregadores públicos. Projecta-se sobre o acesso aos empregos públicos dos Estados-membros e sobre os direitos do trabalhador na relação jurídica de emprego por via, sobretudo, da aplicação do princípio da livre circulação de trabalhadores e por via do estabelecimento de parâmetros habilitacionais europeus que a permitam ou favoreçam⁸⁷. E postula a idoneidade e a suficiência dos meios e regras processuais nacionais para as acolher⁸⁸. Deve ser, também, prestada atenção ao papel do juiz administrativo na aplicação da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da sua jurisprudência, que depõem no sentido do reforço dos direitos dos trabalhadores da Administração Pública (designadamente, dos direitos de liberdade e das garantias procedimentais e processuais)⁸⁹.

⁸⁵. A idoneidade da forma do processo tem, assim, que ser vista numa perspectiva concreta, de compatibilidade entre o pedido formulado e o “meio adjectivo usado” (cfr. Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 06-04-2006, processo n.º 035/06).

⁸⁶. Sergio De Felice, “Le tecniche di tutela ...”, cit., p. 930: “...toda a actividade jurisdicional, de apreciação, constitutiva, de condenação, de execução, compreende ...um *mínimo de acertamento*, já que a actividade do juiz consiste sempre e antes de mais numa *actividade acertativa*” (itálicos no original).

⁸⁷. Cfr. Acórdão do TJUE de 09-09-2003, processo C-285/01, Isabel Burbaud e Ministère de l’Emploi et de la Solidarité (“Reconhecimento de diplomas - Directores hospitalares da função pública - Directiva 89/48/CEE - Conceito de ‘diploma’ - Concurso de acesso - Artigo 48.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 39.º CE)”), Comunicação da Comissão Europeia COM(2002) 694 final, Livre circulação de trabalhadores – realização integral de benefícios e potencial, pp. 19 e segs. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0694:FIN:pt:PDF>), o dossier “Le droit de la fonction publique au risque du droit communautaire”, in *L’Actualité Juridique – Droit Administratif* 27 octobre 2003, n.º 36/2003, pp. 1906 e segs., Jean-Luc Sauron, “L’exécution de la chose jugée”, in *Le juge administratif et l’Europe: le dialogue des juges*, Actes du Colloque du 50^e anniversaire des Tribunaux administratifs, sous la direction de Boleslaw Lukaszewicz et Henri Oberdorff, Colloque organisé les 12 et 13 mars 2004 par la section Rhône-Alpes de l’Institut français des Sciences administratives à Grenoble, 2004, e Charlotte Denizeau, *L’Idée de Puissance Publique à L’Épreuve de L’Union Européenne*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 239, L.G.D.J., 2004, pp. 35 e segs.

⁸⁸. Sobre a questão em geral, ver Eberhard Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, in *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Javier Barnes (Editor), Sevilla, 2006, pp. 112 e 113, e Fausto de Quadros, “A europeização do contencioso administrativo”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, edição da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, Coimbra Editora, pp. 385 a 404.

⁸⁹. Annie Fitte-Duval, “La fonction publique et le juge européen des droits de l’homme”, *L’Actualité juridique – Droit Administratif* 20 octobre 1997, pp. 731 a 745. Ver, por exemplo, os Acórdãos do TEDH de 12.11.2008, Demir et Baykara c. Turquia, processo n.º 34503/97, de 26.9.1995, Vogt c. Alemanha, processo n.º 17851/91, e de 8.12.1999, Pellegrin c. França, processo n.º 28541/95.

Neste quadro, as formas processuais não devem dificultar mas potenciar a tutela das várias pretensões, em função das escolhas do autor⁹⁰.

Nas relações jurídicas de emprego público são frequentes as situações de silêncio do empregador perante as interpelações do trabalhador, o que prejudica o exercício atempado dos seus direitos. A omissão de pronúncia é, relativamente ao indeferimento, acentuadamente gravosa: não só não é praticado o acto devido, impedindo o empregador a “satisfação do interesse ao bem da vida que constitui o escopo” da posição subjectiva feita valer no procedimento pelo trabalhador⁹¹ – reconduzível aos direitos e obrigações das partes na relação laboral –, como a sua tutela pode revelar-se mais difícil, dado a exigência temporal para a verificação de omissão ilegal e porque, não existindo colaboração da Administração, é mais difícil fazer presente ao juiz elementos que permitam aferir da procedência da pretensão⁹². Percepcionar, nalguns casos, uma qualquer manifestação de vontade positiva do empregador público não resolve o problema do trabalhador, que mais do que actos jurídicos reclama, muitas vezes, actuações materiais. Não preclude, depois, pretensões ressarcitórias associadas ao seu tardio cumprimento (por exemplo, o pagamento de juros ou da perda de *chances*⁹³). Pode, ademais, contender com pretensões concorrentes ou colidentes de vários trabalhadores (por exemplo, a atribuição de prémio de desempenho, a partir de verba orçamental fixa, a alguns dos trabalhadores que reúnem os requisitos necessários).

Relativamente às intervenções normativas, ao abrigo de disposições de Direito Administrativo, tem o trabalhador lesado a possibilidade de pedir a sua desaplicação (por exemplo, da norma regulamentar que estabelece requisito sem base legal de admissão a concurso) ou, na falta de regulamento que disposição legal “tornasse obrigatório e exigível”⁹⁴, pedir a declaração de ilegalidade por omissão (por exemplo, por falta de

⁹⁰. De forma impressiva, William F. Fox explica, relativamente ao sistema de controlo judicial da administração, que os tribunais federais desvalorizam o conceito de forma de acção, que uma parte pode invocar qualquer meio processual para contestar a actuação de uma agência e que os rótulos, como “*mandamus, injunction, declaratory judgment* e outros, são menos importantes do que as pretensões deduzidas” (Understanding Administrative Law, fifth edition, LexisNexis, 2003, p. 256). Ver, também, Rui Chancelle de Machete, “Execução de Sentenças Administrativas”, Estudos de Direito Público, 2004, pp. 263 e 264, e artigo 2.º, n.º 1 e n.º 2 do CPTA.

⁹¹. Franco Gaetano Scoca, “Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale”, Diritto processuale amministrativo, Rivista Trimestrale, 2/2002, Anno XX, Fascicolo II, Giugno 2002, pp. 248 a 250.

⁹². Ver Guido Greco, “L’articolo 2 ...”, cit., p. 7. Caso o tribunal considere que a pretensão é infundada, o accertamento do dever de decidir passa a ter uma relevância marginal, sendo de censurar à Administração ter dado causa à iniciativa processual do particular, em sede de fixação de custas – Guido Greco, “L’articolo 2 della legge 21 Luglio 2000, N. 205”, Diritto processuale amministrativo, Rivista Trimestrale, 1/2002, Ano XX, Fascicolo 1 – Marzo 2002, p. 13.

⁹³. Por exemplo, o trabalhador que não foi atempadamente avaliado pode perder a oportunidade de obter, em sede de concurso, um outro emprego público.

⁹⁴. Acórdão da 2.ª Subsecção do CA do STA de 20-02-2008, processo n.º 0476/07.

diploma regulamentar que permita a avaliação do desempenho de certa categoria de trabalhadores), utilizando a correspondente acção administrativa especial^{95- 96}.

As pretensões indemnizatórias, em sede de emprego público, podem ser várias: não se reconduzem ao exercício do direito de regresso no caso de acção ou omissão ilícita e dolosa ou com culpa grave do trabalhador que deu causa a responsabilidade civil extracontratual do Estado; pode tratar-se de efectivar a responsabilidade contratual do empregador público por violar direitos do trabalhador causando-lhe prejuízo; pode, também, tratar-se de responsabilizar o trabalhador pelos prejuízos causados aos bens ou interesses do empregador; pode, igualmente, tratar-se de responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de cuidado, informação e lealdade no procedimento de constituição da relação laboral⁹⁷.

Em matéria de emprego público, têm também espaço as acções de reconhecimento de situações subjectivas, de qualidades e do preenchimento de condições, para afastar a incerteza objectiva concreta e actual quanto à sua existência ou sobre a sua disponibilidade ou certeza futura⁹⁸. Esta acção pode ser utilizada, por exemplo, para acertar o reconhecimento do direito à acumulação de emprego privado com emprego público por deferimento tácito de pedido formulado, oportunamente, por trabalhador⁹⁹.

Nas acções “mandamentais”, relevam as pretensões relativas à adopção (acções impositivas) ou à abstenção de comportamentos, designadamente a pretensão de não emissão de um acto administrativo, quando seja provável a emissão de um acto lesivo (acções inibitórias)¹⁰⁰. Do ponto de vista positivo, no emprego público, podem estar em causa, por exemplo, pedidos de correcção de menção ilegal constante de aviso de abertura de um concurso¹⁰¹, o pedido dirigido à adopção pelo empregador público de medidas

⁹⁵. Cfr. artigos 46.º, n.º 1 e n.º 2, alíneas c) e d) e 72.º a 77.º do CPTA.

⁹⁶. Esta acção foi utilizada em face da previsão legal da emissão de decreto regulamentar que aplicasse às carreiras/categorias com designações específicas e às carreiras de regime especial o diploma legal que revalorizou as carreiras do regime geral. Contra a procedência da mesma dispôs, porém, a falta de fixação nas normas legais em causa de um prazo para o efeito e, precedentemente, o facto de conferir ao Governo larga margem de apreciação no ajuizamento da necessidade de tal adaptação. Cfr. Acórdão da 2.ª Subsecção do CA do STA de 20-02-2008, processo n.º 0476/07, e Acórdão da 2.ª Subsecção do CA do STA de 30-01-2007, processo n.º 0310706.

⁹⁷. Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alíneas a), e), h) e j), do ETAF.

⁹⁸. Bruno Tonoletti nota que, não obstante este tipo de acção tenha obtido um reconhecimento de carácter geral, o seu reconhecimento jurisprudencial tem-se verificado quase sempre em matéria de emprego público – “Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di caso concreto”, *Diritto processuale amministrativo*, *Rivista Trimestrale*, 3/2002, Anno XX, Fascicolo III, Settembre 2002, pp. 617 e 618.

⁹⁹. Sobre a utilização das acções de reconhecimento no caso do deferimento tácito, ver Bruno Tonoletti, “Mero accertamento ...”, cit., pp. 618 e segs.

¹⁰⁰. Cfr. artigo 37.º, n.º 2, alínea c), do CPTA.

¹⁰¹. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, notando que estão em causa, “meras actuações administrativas” e “certos actos jurídicos caracterizados pela ausência de «conteúdo regulador», de «conteúdo de regra jurídica», como sucede com os actos meramente declarativos (...), com a abertura de concursos, com o processamento de vencimentos” (Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Vol.

relativas à segurança, saúde e higiene do local de trabalho e o pedido relativo à ocupação efectiva do trabalhador ou a colocação no exercício de funções condizentes com a sua qualificação profissional. Na vertente negativa, as acções em causa têm um carácter inibitório preventivo: dirigem-se a impedir comportamento administrativo futuro que frustrate direito ou interesse; a sua instauração não tem, por si, esse efeito, pelo que não obstaculiza à continuidade da actividade administrativa¹⁰², “não paralisa a execução nem afecta a execução da actuação, porque esta nem sequer terá lugar (a questão litigiosa revolve-se antes)”¹⁰³. Têm, também, a virtualidade de tornar desnecessária “uma via administrativa prévia”¹⁰⁴, de permite atalhar a um certo desequilíbrio, em termos comparativos, do regime da nulidade e da anulabilidade¹⁰⁵ e de favorecer, não obstante o seu carácter impositivo, a pacificação das relações entre particular e a Administração¹⁰⁶. Pode estar em causa, por exemplo, o pedido feito por um candidato num concurso no sentido da Administração se abster de praticar o acto homologatório da lista de classificação de um concurso atentas as ilegalidades manifestas que aponta ao procedimento concursal; o pedido feito ao tribunal para que a Administração, anulada ou declarada nula a decisão disciplinar punitiva, se abstenha de reexercer o poder disciplinar (que a lei estritamente limita); ou para que, no contexto de processo de inquérito ou de averiguações, não instaure procedimento disciplinar, para que apontam as conclusões daqueles, por ser patente que não existe infracção disciplinar.

3.1.2. Os poderes do tribunal

I, e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados, 2004, pp. 264 e 265). Crê-se, sem prejuízo, que quanto ao processamento de vencimentos reconduz-se, em regra, ou à “condenação da Administração à adopção de condutas necessárias ao restabelecimento de direitos ou interesses violados” ou à “condenação da Administração ao cumprimento de deveres de prestar ...” (respectivamente, alíneas d) e e), do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA).

¹⁰². Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Código de Processo ..., cit., pp. 266 e 267.

¹⁰³. Santiago González-Varas Ibáñez, “Hacia un modelo contencioso-administrativo preventivo. El Ejemplo de la «ejecución» de las sentencias anulatorias de un plan urbanístico”, in Revista de Administración Pública, n.º 163, Enero/Abril, 2004, pp. 44 a p. 52.

¹⁰⁴. Santiago González-Varas Ibáñez, “Hacia un modelo contencioso-administrativo preventivo. ...”, cit., pp. 50 e 51.

¹⁰⁵. A clássica “teoria das nulidades”, como observa Santiago González-Varas Ibáñez, foi-se desvirtuando, por força, em grande parte, do carácter cassatório e não célere da justiça administrativa. E tal parece-nos mais visível no caso da nulidade propriamente dita ou absoluta do que no caso da anulabilidade, porque as limitações temporais de intervenção em face dos actos anuláveis ou suscitam reacções tempestivas ou geram a sua estabilidade. No primeiro caso, o decurso do tempo constitui-se como força de atrito à execução ou possibilidade de execução integral da decisão judicial. A justiça preventiva, na perspectiva de se evitar que a “realidade fáctica condicione a sentença ou a sua execução”, pode ter “uma virtualidade material” importante no «aproveitamento» ou «utilidade» daquela teoria – “Hacia un modelo ...”, cit., pp. 48 e 49. Sobre as diferenças de regime da nulidade e da anulabilidade e dificuldades suscitadas pelo respectivo regime, ver, também, Sergio De Felice, “Le techniche di tutela ...”, cit., pp. 917 a 925.

¹⁰⁶. Alix Perrin, L'injonction en droit public français, Université Panthéon-Assas (Paris III), LGDJ diffuseur, 2009, p. 839.

O direito à tutela jurisdicional efectiva compreende o direito à “apreciação real e de acordo com os parâmetros jurídicos do objecto do litígio” e a uma decisão judicial vinculativa¹⁰⁷. Ao juiz cabe “estatuir sobre os argumentos e as provas conhecidas de todas as partes no processo e que foram admitidas a apresentar e discutir, numa base de igualdade”¹⁰⁸. Dispõe de amplos poderes de pronúncia e de certos poderes instrutórios. Os poderes do juiz desenham-se entre um imperativo de «reserva», isto é, de não controlo da conveniência e da oportunidade da actuação administrativa¹⁰⁹, de respeito da disponibilidade do processo pelas partes, de equidistância relativamente às suas pretensões e interesses¹¹⁰ e de respeito pelos ónus da prova. Quanto a estes, dependem do objecto do processo e das pretensões em discussão: designadamente, se o particular pretender uma dada actuação positiva da Administração tem de demonstrar a verificação dos respectivos elementos constitutivos; se estiver em causa a negação do direito ou actuação daquela (por exemplo, o despedimento do trabalhador), cabe-lhe essa demonstração e ao particular trazer à lide factos impeditivos, modificativos ou extintivos dos mesmos (por exemplo, a prescrição do direito de instaurar procedimento disciplinar)¹¹¹. Por outro lado, o juiz tem de considerar o imperativo da tutela jurisdicional efectiva, da necessidade prática de conhecimento e decisão da causa e, portanto, de informação sobre “os factos da causa e os argumentos de direito”¹¹².

3.1.2.1. Os poderes instrutórios

O juiz, na análise das questões que possam obstar ao conhecimento do objecto do processo, deve promover a correcção de deficiências e irregularidades de carácter formal, e não de conteúdo, das peças processuais¹¹³. Deve ser cauteloso no juízo sobre o erro quanto à forma do processo, evitando imiscuir-se nas opções do autor/requerente¹¹⁴, e não deve substituir-se ao autor, operando, na falta da formulação de pedido oportuno, uma modificação no objecto do processo na situação em que, na pendência da acção, é praticado um novo acto, ou uma alteração do acto sob apreciação judicial (por exemplo,

¹⁰⁷. Wolfgang Heyde, “La jurisdicción”, cit., p. 790.

¹⁰⁸. Alain Plantey e François-Charles Bernard, *La Preuve devant le Juge Administratif*, Economica, 2003, p. 25.

¹⁰⁹. Cfr. artigos 3.º, n.º 1, 71.º, n.º 2, 95.º, n.º 3, 168.º, n.º 2, e 179.º, n.º 1, do CPTA.

¹¹⁰. Acórdão do 2.º Juízo do CA do TCA Sul de 12-01-2006, processo n.º 01293/05.

¹¹¹. Mário Aroso de Almeida, “Novas perspectivas para o contencioso administrativo”, in *JURIS ET DE IURIS*, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto, Porto, 1998, pp. 554 a 556.

¹¹². Alain Plantey e François-Charles Bernard, *La Preuve ...*, cit., p. 25.

¹¹³. Cfr. artigo 88.º do CPTA e Acórdão do 2.º Juízo do CA do TCA Sul de 12-01-2006, processo n.º 01293/05.

¹¹⁴. Sobre o efeito de um despacho de convoção de procedimento cautelar de suspensão de eficácia do despacho que determinou os serviços mínimos a assegurar no caso de greve numa intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, ver Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 06-04-2006, processo n.º 035/06.

fazendo prosseguir a acção contra uma deliberação camarária que aplica sanção disciplinar a um trabalhador, ratificando decisão do vereador dos recursos humanos que anteriormente a aplicara¹¹⁵). Para poder resolver as questões jurídicas que convoca, o juiz deve assegurar-se da suficiência instrutória da lide e fazer o accertamento da matéria de facto controvertida¹¹⁶. Neste plano, pode “ordenar as diligências de prova que considere necessárias”¹¹⁷; indeferir, mediante fundamentação, “requerimentos dirigidos à produção de prova sobre certos factos” ou dirigidos à “utilização de certos meios de prova” (por exemplo, a prova requerida não é relevante à luz da argumentação aduzida e/ou para a solução do litígio¹¹⁸)¹¹⁹; determinar, no caso da cumulação de pedidos que pressuponham a pronúncia sobre a “ilegalidade da acção ou da omissão”, o diferimento da sua instrução¹²⁰; ordenar oficiosamente a realização de audiência pública sobre a discussão da matéria de facto se “a complexidade da matéria” o justificar¹²¹, ou indeferir, fundamentadamente, pedido feito no sentido da sua realização¹²². Neste quadro, refira-se, a título de exemplo, que o STA considerou que o “TCA não podia julgar inútil o prosseguimento da lide sem previamente averiguar se ...existiam [procedimentos sancionatórios instaurados a professores que inobservaram despacho que definiu os serviços mínimos], pois o efeito suspensivo decorrente da eventual procedência da causa importaria que a Administração tivesse de [o] desconsiderar ...e que, por via disso, solucionasse aqueles procedimentos em favor dos grevistas”¹²³. Outro limite à construção da base instrutória da decisão reside na análise da admissibilidade da prova produzida para fundar a resolução da controvérsia: por exemplo, o juiz não pode considerar uma promessa de emprego público num litígio relativo ao seu provimento¹²⁴.

3.1.2.1.1. A instrução, em especial, o direito à prova nas acções administrativas especiais

Para a decisão da causa os factos relevantes são os factos delimitados pelo direito aplicável: as questões de facto não são autónomas das questões de direito, não sendo possível uma

¹¹⁵. Acórdão da 1.ª Secção do CA do TCA Norte de 15-04-2010, processo n.º 02530/07.4BEPRT. Sem prejuízo, tendo o autor reportado no processo a prática do novo acto deve ser convidado a formular eventual pedido, se assim o entender.

¹¹⁶. Cfr. artigo 87.º, n.º 1, alínea a), do CPTA.

¹¹⁷. Cfr. artigo 90.º, n.º 1, do CPTA.

¹¹⁸. Alain Plantey e François-Charles Bernard, *La Preuve ...*, cit., pp. 71 e 72.

¹¹⁹. Cfr. artigo 90.º, n.º 2, do CPTA.

¹²⁰. Cfr. artigo 90.º, n.º 3, do CPTA.

¹²¹. Cfr. artigo 91.º, n.º 1, do CPTA.

¹²². Cfr. artigo 91.º, n.º 2, do CPTA.

¹²³. Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 06-04-2006, processo n.º 035/06.

¹²⁴. Alain Plantey e François-Charles Bernard, *La Preuve ...*, cit., p. 73.

sua análise disjuntiva¹²⁵. O juiz ocupa-se das questões suscitadas pelas partes e daquelas cujo conhecimento oficioso a lei lhe permite ou imponha, como, por exemplo, pronunciar-se, após contraditório, sobre motivos de invalidade diversos dos que tenham sido alegados)¹²⁶. A instrução e, nesta, a produção de prova tem a amplitude do conhecimento devido do Direito¹²⁷. Na instrução, tem um papel central o processo administrativo¹²⁸. O original do processo e “todos os demais documentos respeitantes à matéria do processo de que seja detentora” devem ser remetidos ao tribunal, ficando apensos aos autos¹²⁹. Regista a actividade instrutória, mais ou menos densamente regulada, realizada por órgãos e agentes da Administração Pública sujeitos a deveres de imparcialidade e diligência e, nalguns casos, mediante obrigações estritas de contraditório¹³⁰ e de prova – em especial, quando, em face da presunção da inocência, deve o empregador demonstrar a realidade e a gravidade dos factos que imputa ao trabalhador¹³¹. O processo informa a história da decisão ou actuação administrativas; serve a argumentação e o posicionamento jurídicos das partes¹³² e não apenas da Administração, que fica sujeita a penalidades pelo seu não envio ou pelo seu envio tardio¹³³.

Os factos da causa são fixados pelo juiz: não se trata de fazer um juízo sobre os factos delimitados pela Administração mas de relevar os factos que resultam da instrução e da discussão judiciais. Nestas, o processo administrativo tem um carácter instrumental, no sentido em que permite a indiciação da existência dos factos decisivos para a decisão da causa, assumindo uma feição probatória. Mas como funciona, sem prejuízo dos poderes assinalados ao juiz, o princípio de auto-responsabilidade das partes¹³⁴, no respeito dos ónus

¹²⁵. Gabriella De Giorgi Cezzi, “Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo”, *Diritto processuale amministrativo*, Rivista Trimestrale, 4/2002, Anno XX, Fascicolo IV, Dicembre 2002, p. 910.

¹²⁶. Cfr. artigo 95.º, n.º 1 e n.º 2, do CPTA.

¹²⁷. Gabriella De Giorgi Cezzi, “Giudizio prova verità ...”, cit., pp. 913 e 914.

¹²⁸. Gabriella De Giorgi Cezzi, “Giudizio prova verità ...”, cit., p. 912.

¹²⁹. Cfr. artigo 84.º, n.º 1, do CPTA.

¹³⁰. No procedimento disciplinar, em particular, as diligências probatórias estão sujeitas a um estrito formalismo e, mais do que a audição dos interessados, deve ser assegurado o contraditório, em certos termos: por exemplo, o instrutor deve realizar as diligências de prova requeridas pelo trabalhador arguido, salvo quando forem manifestamente improcedentes ou desnecessárias, devendo, neste caso, fundamentar a decisão de indeferimento.

¹³¹. Em geral, a Administração tem o ónus de evidenciar a legalidade da sua actuação. Nas decisões punitivas, em particular, o ónus da prova recai, inafastavelmente, sobre o autor da decisão disciplinar, não sendo de admitir um “princípio de presunção de culpabilidade”. Ver Ricardo Rivero Ortega, *El Estado vigilante. Consideraciones Jurídicas sobre la Función Inspector de la Administración*, Editorial Tecnos, S. A., 2000, cit., pp. 209 e 210, e Alain Plantey e François-Charles Bernard, *La Preuve ...*, cit., pp. 40, 44 e 45.

¹³². Nota Ricardo Rivero Ortega que, independentemente do valor concreto das informações nele contidas, é a partir do processo administrativo que as partes retiraram boa parte dos “argumentos que utilizarão para formular as suas alegações e o Tribunal a sua sentença” (*El Estado vigilante ...*, cit., p. 215).

¹³³. Cfr. artigo 84.º do CPTA.

¹³⁴. Sobre o assunto, ver os “Poderes do Juiz na discussão e julgamento da matéria de facto” no processo laboral, de Adosinda Barbosa Pereira, intervenção no Painel de “Processo laboral e o julgamento da matéria de facto”, do Colóquio Anual sobre Direito do Trabalho, Supremo Tribunal de Justiça, 19 de

da prova¹³⁵, tal significa que os factos do processo administrativo não são os factos do processo judicial, que a base de facto do direito a proferir é neste construído, nele consubstanciando aquele uma pré-prova; não é uma *res nullum*, pelo que não se trata de realizar de novo, no âmbito jurisdicional, a prova com que foi tecido o convencimento dos factos pelo instrutor/decisor no procedimento administrativo¹³⁶.

3.1.2.2. Os poderes de pronúncia

Ao juiz cabe dirimir os litígios considerando, de forma articulada, as normas jurídicas pertinentes, de fontes diversas e com texturas e valorações diferentes. A “actividade decisória dos tribunais” é uma actividade exegética integrada, cujas “margens de interpretação não são comparáveis à discricionariedade do legislador”¹³⁷ e que não se deve substituir aos critérios e valorações permitidos por este à Administração, desde logo aos empregadores públicos. Não sai, no entanto, diminuído o controlo jurisdicional dos seus limites, seja dos que resultam da lei que confere margem de apreciação e/ou decisão, seja dos princípios que parametrizam o exercício do poder, seja, igualmente, das regras de correcção do agir técnico ou do conhecimento técnico-científico convocado. Os tribunais devem, designadamente, verificar da existência dos factos que fundamentam a actuação administrativa; de erro na utilização das normas técnicas recebidas ou para que reenvia a lei; da congruência entre os factos acertados e as normas e valorações jurídicas e técnicas de referência¹³⁸; da adopção de critérios e modos de agir objectivos, garantes da observância de princípios da actividade administrativa como o da igualdade e o da imparcialidade. Há, assim, por exemplo, a possibilidade de controlo jurisdicional de erro na aplicação dos parâmetros de correcção de provas de conhecimentos e outras provas de cariz prevalentemente técnico (como o exame psicológico de selecção) usadas no recrutamento e selecção de trabalhadores e de controlo da falta de tais parâmetros, que prejudicam a garantia de igualdade e de imparcialidade¹³⁹; e a possibilidade, em matéria disciplinar, de controlo da existência de circunstância agravante, de causa de exclusão da

Setembro de 2007, <http://www.stj.pt/nsrepo/not/Proc%20Adozinda%20Pereira.pdf>.

¹³⁵. Como seja o da demonstração pela Administração da legalidade dos actos que pratica e a demonstração da inexistência do dever de decidir ou dos pressupostos ou requisitos para o deferimento da pretensão a que respeita.

¹³⁶. Assim, mais do que anular decisões com “base nos resultados probatórios coligidos no âmbito da acção de impugnação em detrimento dos elementos instrutórios do procedimento administrativo”, trata-se de considerar o conjunto da prova trazida ao processo – Carlos Alberto Cadilha, “Direito disciplinar da função pública. Alguns tópicos”, texto policopiado, 9 de Maio de 2003, p. 14.

¹³⁷. Wolfgang Heyde, “La jurisdicción”, cit., pp. 816 e 817.

¹³⁸. Gabriella De Giorgi Cezzi, “Giudizio prova verità ...”, cit., p. 920, Giovanni Sala, Potere amministrativo e principi dell'ordinamento, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Collana di diritto pubblico, 1993, Milano, Giuffrè Editores, pp. 206 a 224.

¹³⁹. Cfr. Acórdão da 2.ª Subsecção do CA do STA de 22-10-2008, processo n.º 0307/08.

ilicitude e da falta do elemento subjectivo da culpa, dados por verificados em certa punição disciplinar e, bem assim, de controlo negativo da graduação da sanção em face do princípio da proporcionalidade¹⁴⁰.

Os poderes do tribunal compreendem, em sede de execução, a emissão de sentença substitutiva de acto administrativo se a sua prática e o seu conteúdo forem estritamente vinculados. Quer nesta sede quer no dispositivo da sentença, o tribunal pode, ao fixar prazo para o cumprimento de deveres ou adopção de certa conduta, aplicar sanção pecuniária compulsória, desde logo, para prevenir incumprimento que se configura como possível e não necessariamente no pressuposto de anterior comportamento faltoso¹⁴¹.

3.2. Os meios processuais urgentes

A tutela judicial efectiva pressupõe a garantia de protecção judicial contra decisões judiciais desprovidas de utilidade, por se ter criado uma situação de facto consumado ou por se terem produzido efeitos irreparáveis ou de muito difícil reparação¹⁴². Na relação jurídica de emprego público, são frequentes as situações em que a atribuição de vantagem ou benefício ao trabalhador depende do seu posicionamento relativo em face de outro ou outros ou em face de recursos limitados (por exemplo, uma promoção mediante concurso; a mudança de posicionamento remuneratório; a obtenção de um prémio de desempenho) ou depende da disponibilidade de um bem ou vantagem (por exemplo, a vacatura de um posto de trabalho), que pode ter sido prejudicada por actuação ilegal (por exemplo, o emprego foi provido ilegalmente). Em regra, a actuação do empregador público deve obedecer a procedimento com tramitação minuciosa e sequência lógica e temporalmente encadeada. As decisões jurídicas têm, frequentemente, contra-interessados e vários contra-interessados. Significa isto que a pronúncia judicial sobre as pretensões deduzidas em matéria de emprego público, muitas vezes, surge quando existem já situações jurídicas com as quais colide ou que evoluíram em termos tais que, na verdade, prejudicam a sua adequada satisfação actual (nomeadamente, existe já um articulado de relações jurídicas construídas em cadeia que torna difícil a execução da sentença judicial e que faz prolongar o diferendo ainda mais no tempo).

Neste quadro, tem inteira pertinência o recurso a providências cautelares e a processos de intimação no âmbito do emprego público.

¹⁴⁰. Não se pode, pois, invocar, simplesmente, a “separação de poderes em matéria disciplinar” para excluir a competência jurisdicional “em matéria de graduação concreta da pena disciplinar, seja no domínio da ilicitude ou da culpa, por ...descharacterização de circunstâncias ...agravantes, excludentes da ilicitude ou da culpa ...” (cfr. Acórdão do 2.º Juízo do TCA Sul de 02-10-2008, processo n.º 03645/08).

¹⁴¹. Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA de 03-05-2007, processo n.º 030373A.

¹⁴². Cfr. artigo 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP. e Wolfgang Heyde, “La jurisdicción”, cit., pp. 790 e 791.

3.2. As providências cautelares

A necessidade de providências cautelares coloca-se em situações várias, por exemplo, concursais (*v.g.*, de admissão provisória ao procedimento), de realização de prestações pecuniárias (como o pagamento provisório de remuneração¹⁴³) e de aplicação de sanções disciplinares (*v.g.*, a suspensão da eficácia de decisão punitiva). De acordo com o “princípio da atipicidade e da elasticidade das formas da tutela cautelar”¹⁴⁴, várias podem ser as providências requeridas e/ou, assegurado que seja o contraditório, aplicadas ou modeladas nos seus efeitos¹⁴⁵, posto é que sejam adequadas a garantir a utilidade da sentença e que conciliem de forma proporcionada os interesses em presença. Assim, por exemplo, atenta a relevância exterior da actividade do trabalhador, pode justificar-se a suspensão parcial da eficácia de um acto¹⁴⁶, que exclua o exercício de funções¹⁴⁷ ou que implique a não realização de certas tarefas¹⁴⁸.

A aferição e ponderação comparativa dos prejuízos, basilar para aquilatar do deferimento da providência, assentam em juízos de facto, que envolvem a sua alegação e a especificação concretas¹⁴⁹. Nesta medida, é genérica e apriorística, por exemplo, a enunciação do interesse público, relativamente à colocação de um trabalhador em mobilidade especial, como sendo corporizado pela execução do Programa de Reestruturação da Administração Pública e dito necessariamente posto em perigo pelo decretamento da suspensão da respectiva decisão.

O requisito do *fumus boni iuris* parece ter menor protagonismo: nas providências conservatórias, porque o seu preenchimento basta-se com a probabilidade ou verosimilhança da invocada ilegalidade; nas providências antecipatórias, porque a sua atendibilidade está numa relação de difícil equilíbrio com o risco de uma antecipação definitiva da realidade; e, em ambas, porque quando o requisito opera através do juízo de evidência (densificado pelo carácter patente da ilegalidade, independentemente do seu

¹⁴³. Roberto Garofoli, “La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell’ordinanza a contenuti positivo alla luce del rinnovato quadro normativo”, *Diritto processuale amministrativo*, Rivista Trimestrale, Anno xx, Fascicolo IV, Dicembre 2002, n.º 4/2002, pp. 860 e 861.

¹⁴⁴. Roberto Garofoli, “La tutela cautelare ...”, *cit.*, p. 860.

¹⁴⁵. Jean-François Lachaume e Hélène Pauliat, *Droit administratif ...*, *cit.*, pp. 500 e 506.

¹⁴⁶. Sobre a previsão legal de suspensão de certos efeitos do acto, ver Alain Plantey e François-Charles Bernard, *La Preuve ...*, *cit.*, p. 82.

¹⁴⁷. Neste sentido, cfr. Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA de 25-03-2010, processo n.º 0847/09, em particular, o voto de vencido de Jorge Manuel Lopes de Sousa.

¹⁴⁸. Pense-se, por exemplo, numa situação de mobilidade funcional que, segundo alegado pelo trabalhador, importa a realização de tarefas que fazem perigar a saúde do trabalhador.

¹⁴⁹. Daí que, sendo vários os requerentes, a alegação dos prejuízos tenha que ser diferenciada. Cfr. Acórdão da 2.ª Subsecção do CA do STA de 22-06-2004, processo n.º 0493A/04, e Acórdão da 1.ª Subsecção do CA do STA de 17-12-2008, processo n.º 0825/08. Ver, também, Alain Plantey e François-Charles Bernard, *La Preuve ...*, *cit.*, pp. 84 e 85.

desvalor¹⁵⁰, e pela existência de julgamento anterior pela ilegalidade da norma que aplica ou de acto idêntico) é configurada como motivo excepcional para o seu decretamento, dado considerar-se próprio do juízo cautelar deixar em aberto a decisão de mérito¹⁵¹. Em sede cautelar, não cabe, por exemplo, por princípio, dizer se um candidato reúne um requisito para ser admitido a um concurso ou se tem as condições para mudança de posição remuneratória.

As providências cautelares em matéria de disciplina militar estão sujeitas a um regime particular¹⁵², mais exigente, que favorece o seu não decretamento: i) o pedido de suspensão de eficácia não obsta à execução do acto ou a que prossiga; ii) o decretamento da providência depende da existência de perigo de criação de uma situação de facto consumado e de um *fumus bonis iuris* especialmente qualificado, de evidência, em uma de três situações, da procedência da pretensão¹⁵³; iii) o decretamento provisório das providências cautelares não pode ter lugar sem a audição da entidade requerida¹⁵⁴.

3.2.2. O recurso a intimações judiciais

No emprego público são configuráveis situações em que é necessária a obtenção de uma tutela de mérito urgente relativa a direitos fundamentais susceptíveis de lesão imediata, justificando-se que seja dada preferência a uma tutela definitiva relativamente a uma tutela provisória: quando se trate de controvérsias que envolvem interesses públicos e/ou privados de especial relevo cuja “plena e efectiva satisfação é não raramente obstaculizada, se não gravemente comprometida, pela demora na definição do mérito da causa”¹⁵⁵, em que urge, não uma regulação provisória, mas uma disposição definitiva. A colocação da protecção pretendida nesta sede tem de ser concreta, não bastando a mera e genérica convocação de direito fundamental, assim como concreta deve ser a demonstração de urgência de uma decisão de fundo do litígio. Nesta linha, por exemplo, se o particular se limita “a alegar e invocar o seu direito à progressão na carreira na vertente de que lhe sejam pagas as remunerações devidas e respectivos retroactivos decorrentes de transição de

¹⁵⁰. Em sentido diferente, Acórdão da Acórdão da 1.ª Secção do CA do TCA Norte, processo n.º 00477/04.5BECBR, e Acórdão da 1.ª Secção do CA do TCA Norte de 20-01-2005, processo n.º 01314/04.6BEPRT (que conclui que “[e]m princípio, só quanto aos vícios graves, aqueles que concretizam uma lesão insuportável dos valores protegidos pelo direito administrativo e que por isso implicam a nulidade do acto, é possível ajuizar sobre a evidência da procedência da pretensão principal”).

¹⁵¹. Acórdão da 1.ª Secção do CA do TCA Norte, processo n.º 00477/04.5BECBR.

¹⁵². Lei n.º 34/2007, de 13.08.

¹⁵³. Acto manifestamente ilegal, acto de aplicação de norma já anteriormente anulada e acto materialmente idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente (artigo 3.º da Lei n.º 34/2007, de 13.08).

¹⁵⁴. Cfr. artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 34/2007, de 13.08.

¹⁵⁵. Roberto Garofoli, “La tutela cautelare ...”, cit., pp. 865 e 866.

escalão por forma a que o seu direito à aposentação, entretanto exercido e com decisão para breve, não seja afectado...o direito em questão não cai na esfera do artigo 47.º, n.º 2, da CRP”, sendo de indeferir o pedido de intimação¹⁵⁶. O pedido de intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias pode ser, designadamente, equacionado nas seguintes situações: no caso em que a habilitação a concurso pressupõe uma avaliação de desempenho dada, cuja atribuição o empregador recusa invocando punição disciplinar, mais do que o deferimento de providência cautelar, o trabalhador pretende a intimação daquele para que se concretize a avaliação sem a qual fica, irremediavelmente, comprometida a sua admissão a concurso; em face da decisão de não provimento de um trabalhador em emprego público de duração indeterminada que importe a cessação de funções dada a caducidade de contrato a termo¹⁵⁷ ou cuja possibilidade de admissão fique prejudicada a partir de certa data; considere-se, também, o pedido de intimação dirigido à não fixação de serviços mínimos por, alegadamente, não estar em causa um serviço que satisfaz necessidades sociais impreteríveis, tendo-se presente que os tempos da greve não se compadecem com uma decisão provisória¹⁵⁸.

A intimação para a prestação de informação e fornecimento de documentos serve a tutela de direitos que têm uma importante dimensão instrumental para a defesa de posições jurídicas substantivas, em sede judicial ou fora dela (como, por exemplo, a emissão de certificado de habilitações ou o fornecimento de fotocópias necessárias para instruir processo de candidatura a concurso para provimento de emprego público e o pedido de acesso ao processo disciplinar, designadamente, tendo em vista a elaboração eficaz de defesa escrita). Muitos destes pedidos reportam-se ao acesso à informação procedimental. Noutros, está em causa o conhecimento de documentos não integrantes de um qualquer procedimento – como, por exemplo, o conhecimento pretendido por um trabalhador de ofícios que reportam que exerce as funções de consultor em organizações sindicais¹⁵⁹ – ou que integram procedimento findo, como, por exemplo, o pedido de cópia do processo de avaliação de outros trabalhadores com os quais «disputa» uma determinação menção, cuja atribuição está sujeita a uma quota; e o pedido de informação por parte de um município sobre a remuneração do director do departamento de urbanismo de câmara municipal.

4. Os recursos

¹⁵⁶. Acórdão da 1.ª Secção do CA de 13-01-2005, processo n.º 00203/04.9BEMDL.

¹⁵⁷. Isabelle Legrand et Laetitia Janicot, “Fonction publique, le référé-liberté peut être invoqué à l’encontre d’un refus de titularisation d’un fonctionnaire stagiaire, CE Sec. 28 février 2001”, *L’Actualité Juridique, Droit Administratif*, vol. 57, n.º 11, 2001, pp. 971 a 977.

¹⁵⁸. Jean-François Lachaume e Hélène Pauliat, *Droit administratif ...*, cit., p. 504.

¹⁵⁹. Acórdão do 2.º Juízo do CA do TCA Sul de 12-01-2006, processo n.º 01293/05.

No âmbito dos recursos, destaca-se a exclusão, relativamente aos litígios em matéria de emprego público, da possibilidade de recurso *per saltum*¹⁶⁰. Este recurso é um recurso de revista, circunscrito às questões de direito e que pressupõe que a causa tenha um valor muito elevado. Se pensarmos, por exemplo, nos processos de impugnação de normas ou nos processos em que se pede a emissão de normas regulamentares, que têm um valor indeterminado¹⁶¹, e se tivermos presente que, no domínio do emprego público se colocam, muitas vezes, questões relativas à emissão ou à omissão de normas, percebe-se que não é despiciendo o afastamento de tal recurso e que não é necessariamente pela aplicação das regras relativas ao valor da causa que a possibilidade de recurso é afastada. Já o elevado número de processos em matéria de emprego público e a complexidade das questões jurídicas (até pelo seu tratamento recorrente) depõem contra a intervenção do STA. Tanto mais que, quando uma questão tenha uma “importância fundamental” ou se justifique a fixação de um referente aplicativo, dada a sua relevância jurídica ou social, pode aquele tribunal intervir em sede de recurso de revista¹⁶². A definição deste referente pelo STA pode, de resto, ter lugar em sede de reenvio prejudicial, que não exclui as questões relativas ao emprego público¹⁶³.

5. A extensão dos efeitos de sentença

Nas “disposições gerais” (Capítulo I) do Parte VIII, relativa ao “processo executivo”, estabelece o CPTA a possibilidade de terceiras pessoas não abrangidas pelo âmbito subjectivo de sentença anulatória ou de sentença que reconheça situação jurídica favorável, exteriores à concreta relação jurídica discutida nos respectivos processos judiciais¹⁶⁴, requererem ao tribunal que a proferiu a extensão dos seus efeitos “e a sua execução a seu favor” (artigo 161.º, n.º 1 e n.º 4). Nesta extensão, há um alargamento dos limites subjectivos do caso julgado e o acertamento de situações jurídicas outras em relação às

¹⁶⁰. Cfr. artigo 151.º do CPTA: “1 - Quando o valor da causa seja superior a três milhões de euros ou seja indeterminável e as partes, nas suas alegações, suscitem apenas questões de direito, o recurso interposto de decisão de mérito proferida por um tribunal administrativo de círculo sobe directamente ao Supremo Tribunal Administrativo, como revista à qual é aplicável o disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo anterior. 2 - O disposto no número anterior não se aplica a processos respeitantes a questões de funcionalismo público ou relacionadas com formas públicas ou privadas de protecção social.”

¹⁶¹. Cfr. artigo 34.º, n.º 1, do CPTA.

¹⁶². No Acórdão da 1.ª Secção do CA do STA de 06-04-2006, processo n.º 035/06, o tribunal analisou se o TCA “podia julgar inútil o prosseguimento da lide sem previamente averiguar se ...existiam [procedimentos sancionatórios de professores que entraram em greve desrespeitando o despacho de fixação de serviços mínimos, atento] ...o efeito suspensivo decorrente da eventual procedência da causa”, estando em causa greve dos docentes do ensino não superior com efeito sobre a realização de exames nacionais.

¹⁶³. Cfr. Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA de 04-01-2006, processo n.º 01257/05.

¹⁶⁴. Carmen Uriol Egido, “La ejecución de sentencias en materia tributaria tras la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial referencia a la extensión de efectos de la sentencia”, in La modernización de la justicia en España, XXIII Jornadas de estudio 4,5 y 6 de septiembre de 2001, Ministerio da Justicia, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín del Estado, D.L. 2002, p. 537.

quais o tribunal aplica a *juris-dictio* anterior¹⁶⁵⁻¹⁶⁶. Constituem requisitos positivos de natureza substantiva da extensão: i) ter sido proferida uma sentença anulatória de acto administrativo favorável ou uma sentença que reconheça situação jurídica favorável a uma ou várias pessoas¹⁶⁷; ii) existirem, no mesmo sentido, pelo menos mais quatro sentenças ou, em processos de massas, terem sido decididos, no mesmo sentido, “em três casos os processos seleccionados segundo o disposto no artigo 48.^o”¹⁶⁸; iii) as sentenças estarem transitadas em julgado¹⁶⁹; iv) encontrar-se o interessado na extensão de efeitos e respectiva execução na “mesma situação jurídica” dos beneficiários daquelas, partes nos respectivos processos, ou ser “titular de uma relação jurídica material idêntica à reconhecida na sentença”¹⁷⁰: a pretensão, os pressupostos e as questões jurídicas devem ser as mesmas. Do ponto de vista procedimental, a procedência do pedido judicial correspondente depende: i) da interpelação prévia da entidade administrativa demandada (no processo em que foi proferida a sentença cuja extensão é pretendida), dentro de um ano contado da data da última notificação da sentença¹⁷¹; ii) a mesma não o satisfaça no prazo de três meses; iii) ser o mesmo apresentado judicialmente no prazo de 2 meses. Constituem requisitos negativos: i) inexistir, no caso de o interessado na extensão ter recorrido à via judicial, sentença

¹⁶⁵. Nota Carmen Uriol Egido (“La ejecución ...”, cit., p. 537) que a extensão, no caso de sentença anulatória, conduz à anulação de actos distintos que incorrem no mesmo vício.

¹⁶⁶. Não se trata de “estatuir por via de disposição geral e regulamentar” (P. Lacoste e Ph. Bonnacarrère, *De La Chose Jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, p. 515), mas de tirar consequências de uma decisão judicial que anula ou declara a nulidade de um acto ou que afirma um direito ou uma situação favorável na sua aplicação a outros sujeitos com situações paralelas.

¹⁶⁷. A distinção entre sentença que anula um acto e sentença que reconhece uma situação jurídica nem sempre é evidente, por, muitas vezes, o reconhecimento de uma situação jurídica se associar a tal anulação (Carmen Uriol Egido, “La ejecución ...”, cit., pp. 531 e 535).

¹⁶⁸. Exige-se que tenham sido proferidas cinco sentenças transitadas em julgado num determinado sentido ou que, existindo processos de massas, tenham sido decididos em três casos os processos seleccionados. Coloca-se a questão de saber se a norma se refere a três sentenças proferidas em três processos de massa, seleccionados nos termos do artigo 48.^o, ou a três sentenças proferidas num único processo de massas. O n.^o 1 do artigo 48.^o prevê a selecção de um processo ou mais do que um processo, a suspensão dos demais, em face dos quais, depois de proferida uma decisão definitiva no processo seleccionado, quando transita em julgado, se coloca a hipótese da extensão aos processos que ficaram suspensos. Trata-se, pois, de saber se os três casos a que a lei se refere são três sentenças e se estas compreendem a sentença proferida no processo seleccionado mais as duas sentenças que venham a ser proferidas relativamente a dois processos que ficaram suspensos, em relação aos quais as partes envolvidas aceitaram aquela solução. É duvidoso que estas três sentenças se reportem a um único processo de massas, porque há uma série de processos suspensos e uma série de processos em relação aos quais são proferidas decisões com um único sentido. A extensão dos efeitos da sentença pressupõe uma «solução jurídica» que já foi testada em situações diferentes, processos diferentes reportados a situações ou relações jurídicas paralelas. Ora, este múltiplo teste parece melhor verificar-se quando existem três sentenças proferidas num três processos de massas.

¹⁶⁹. Aquando da notificação última da sentença a quem tenha sido parte do processo, a sentença, em regra, não terá transitado em julgado.

¹⁷⁰. Luís Martín Contreras, *La extensión de efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa en materia tributaria y de personal*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 13.

¹⁷¹. A partir da qual pode formular àquela o correspondente pedido – Luís Martín Contreras, *La extensión...*, cit., p. 28.

transitada em julgado; ii) não existirem contra-interessados “que não tenham tomado parte no processo” em que a sentença a estender foi proferida.

A anulação de acto administrativo no âmbito de um processo judicial produz efeitos entre as partes mas também por si e sem mais relativamente aos demais afectados pelo acto¹⁷². Existindo pendente um outro processo no qual tenha sido formulada pretensão anulatória dirigida ao mesmo acto, ou acto “contextualmente idêntico”¹⁷³, há inutilidade superveniente da lide do ponto de vista da eliminação pretendida do mesmo¹⁷⁴. Pense-se, por exemplo, num concurso de massas, no acto homologatório da lista de classificação final, se é anulado ou declarado nulo num processo judicial por vícios de natureza objectiva, que afectam transversalmente o concurso, perde utilidade a lide onde esteja também a ser discutido. Não é necessário, aqui, que a sentença proferida no processo transite em julgado; o autor pode, estando ainda o processo activo, pedir a extensão da sentença à sua situação concreta¹⁷⁵.

A extensão dos efeitos de sentença relativiza o efeito de caso decidido (que não deve ser absolutizado¹⁷⁶), pois projecta-se sobre os efeitos jurídicos produzidos por acto administrativo não impugnado, afastando-os ou alterando-os¹⁷⁷.

A área do emprego público constitui um domínio privilegiado para a extensão dos efeitos da sentença¹⁷⁸. Há situações que se repetem, que são muito próximas nos seus pressupostos fácticos¹⁷⁹ e em que o direito convocado é o mesmo, que não justificam a repetição dos processos judiciais nem a exclusão do benefício decorrente da sentença dos trabalhadores que, por força dessa identidade de situações, foram igualmente afectados pelo acto ilegal ou privados do reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido. Não se invoque a sua inacção processual como motivo para afastar a possibilidade de extensão. É

¹⁷². Carmen Uriol Egido, “La ejecución ...”, cit., p. 535. Em 1997, Vieira de Andrade equacionava a necessidade de um instrumento jurídico que projectasse sobre casos idênticos sentença anulatória de um acto administrativo, aludindo ao “recurso extraordinário de revisão dos actos administrativos, num novo pedido dirigido à Administração, fundado agora no princípio da igualdade”. Cfr. “O controle jurisdicional do dever de reapreciação de actos administrativos negativos – Acs. do STA de 17.10.1995, de 23.5.1996, de 2.7.1996 e de 14.1.1997, anotados”; in CJA n.º 1, Janeiro/Fevereiro 1997, p. 68.

¹⁷³. Acórdão do 2.º Juízo do CA do TCA Sul de 04-05-2006, processo n.º 00609/05.

¹⁷⁴. Mário Aroso de Almeida, O Novo Regime..., cit., p. 337.

¹⁷⁵. Cfr. artigo 161.º, n.º 6, do CPTA.

¹⁷⁶. Designadamente, não se deve aceitar a reprodução da ilegalidade a partir da estabilização da ordem jurídica de um determinado acto administrativo. Em parte, sobre o assunto, ver Vieira de Andrade, “O controle jurisdicional ...”, cit., pp. 62 a 68.

¹⁷⁷. Acórdão da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional n.º 370/2008, de 2-07, processo n.º 141/08, in DR., 2.º série, n.º 155, de 12-08-2008, pp. 35830 a 35836, *maxime*, pp. 35835 e 35836.

¹⁷⁸. A razão que leva ao afastamento do recurso per saltum no art. 151.º é uma das razões que leva a que as relações jurídicas de emprego público sejam encaradas como domínio privilegiado para a aplicação do instituto da extensão dos efeitos no art. 161.º.

¹⁷⁹. Pense-se, por exemplo, no caso dos concursos, em particular, nos concursos de massa, com milhares de candidatos e na situação de colocação dos trabalhadores de um serviço em mobilidade especial.

que, por um lado, essa inacção nem em todas as situações é censurável; e, por outro lado, porque, numa perspectiva objectiva, a sentença interpela o empregador a adoptar um mesmo padrão jurídico de decisão ou actuação relativamente aos seus trabalhadores, que se sobrepõe àquela¹⁸⁰.

6. A execução da sentença

6.1. Da execução judicial em geral

A execução da sentença proferida em processo judicial administrativo envolve, como é próprio da respectiva força vinculativa, o seu cumprimento voluntário ou forçado, nos limites do julgado¹⁸¹. A Administração deve executá-la no prazo legal ou invocar, neste, perante o interessado, a existência de causa superveniente que legitime a não execução¹⁸². Se a execução não tiver lugar no prazo legal, cabe ao interessado requerê-la judicialmente no tribunal que tenha proferido a sentença em primeiro grau de jurisdição. O processo executivo pode, também, ser utilizado para obter a execução de acto administrativo inimpugnável que confira um direito a um particular, que serve, assim, de título executivo. É o caso do acto homologatório da lista de classificação final de um concurso cuja execução importa a prática de um acto administrativo ou da celebração de um contrato.

Em função das pretensões, a execução pode dirigir-se ao pagamento de quantia certa, à prestação de coisa ou de facto (fungível ou infungível), incluindo a prática de acto judicialmente apurado como devido, à execução de sentença anulatória e à imposição de uma conduta negativa¹⁸³. Em qualquer dos casos, o objectivo é a obtenção da execução integral e específica.

A sentença anulatória, dado o seu efeito constitutivo, e a sentença que declara a nulidade, por a tornar incontrovertida, não carecem, em abstracto, de execução. A verdade é que há uma realidade fáctica e jurídica que, sendo *ipso facto* afectada pela sentença, carece de redefinição, sem qual o autor nenhuma vantagem efectiva retira da sua acção em juízo, redefinição que é feita em função da sentença e de outros dados jurídicos e fácticos supervenientes. A Administração tende a esperar pela interpelação do particular para a concretizar e conta, muitas vezes, com o tribunal para superar a dificuldade que envolve. Acaba por ser necessária uma intervenção subsequente do tribunal para dizer complementarmente o direito e conformar a actuação administrativa posterior à

¹⁸⁰. Carmen Uriol Egido, “La ejecución ...”, cit., pp. 527, 528, 531 e 538, e Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA de 13-11-2007, processo n.º 0164A/04.

¹⁸¹. Cfr. artigos 2.º, n.º 1, e 158.º do CPTA.

¹⁸². Cfr. artigos 162.º e 163.º, 170.º, n.º 1, e 171.º, n.º 2, e 175.º do CPTA.

¹⁸³. Cfr. artigos 162.º a 179.º do CPTA.

sentença¹⁸⁴, seja porque não é obrigatória a cumulação, na acção anulatória, de pedidos dirigidos à conformação posterior à sentença da realidade, seja porque o respeito pelas avaliações próprias do exercício da função administrativa obstam à fixação, na própria sentença a executar, dos termos da execução, seja pela evolução da realidade no decurso do processo judicial.

6.2. A execução de sentença anulatória

As pretensões várias esteadas na anulação de um acto administrativo podem ser deduzidas e decididas num único processo, o processo em que foi impugnado – cuja pronúncia tem por referência a realidade de facto e de direito actualizada¹⁸⁵ –, sem necessidade um processo subsequente dirigido a apurar os termos da execução¹⁸⁶. O alcance da anulação tece-se num e noutra caso nos mesmos termos. A sentença de anulação tem “efeitos demolitórios, ripristinatórios e conformativos”¹⁸⁷. Há que reconstituir a situação actual hipotética, o que envolve o cumprimento de deveres¹⁸⁸ e a adopção de actos e condutas que temporalmente deixaram ser adoptadas e que eram devidas se o acto ilegal não tivesse sido praticado¹⁸⁹. Tem, também, um efeito preclusivo, isto é, o efeito de conformar o reexercício do poder administrativo, no sentido da não reincidência nos vícios e da não diminuição do efeito reconstitutivo¹⁹⁰. O julgado, os respectivos fundamentos e o direito convocado pela sentença e respectiva execução determinam os termos da resolução administrativa do caso concreto¹⁹¹.

¹⁸⁴. Cfr. artigos 173.º e 179.º do CPTA.

¹⁸⁵. Mário Aroso de Almeida, “Novas perspectivas para o contencioso administrativo”, in *JURIS ET DE IURIS*, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto, Porto, 1998, pp. 564 a 571.

¹⁸⁶. O Código, como destaca Rui Chancerelle de Machete (“Execução de Sentenças Administrativas”, cit., pp. 270 e 271) adopta um conceito amplo de execução, incluindo, aqui, as consequências associados à anulação do acto pela sentença constitutiva, “no âmbito de um dever de execução cujas fronteiras são traçadas pelo exercício da função administrativa”. Cfr., também, Sérvulo Correia, “Acto administrativo ...”, cit., p. 1176.

¹⁸⁷. Sergio De Felice, “Le techniche di tutela ...”, cit., pp. 888 e 889.

¹⁸⁸. Por exemplo, “o pagamento de prestações pecuniárias integra-se no universo dos deveres da Administração em execução da sentença” – Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA de 02-06-2004, processo n.º 041169.

¹⁸⁹. Por exemplo, a alteração da lista de classificação final de um concurso, com efeitos à data inicial, nomeação, igualmente com efeitos à data em que verificaram as nomeações resultantes da lista anterior e o pagamento das diferenças de vencimento entre a categoria anterior e a resultante do concurso, acrescidas dos juros de mora fundados no seu não pagamento atempado. Cfr., por exemplo, Acórdão do Pleno da Secção do CA de 03-05-2007, processo n.º 03037A.

¹⁹⁰. Considere-se, por exemplo, a sentença que anulou a admissão e classificação de dois candidatos em concurso realizado por certa pessoa colectiva pública, por falta de habilitações académicas, nos termos de cuja execução foram retiradas da respectiva lista de classificação. E considere-se a abertura posterior de um outro concurso pela mesma pessoa colectiva para a mesma categoria e carreira limitado àqueles candidatos.

¹⁹¹. José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa*, cit., pp. 387 a 393.

6.2.1. Os beneficiários de actos consequentes: a modelação temporal e subjectiva dos efeitos da sentença

Os actos consequentes do acto anulado são actos praticados contemporânea ou subsequentemente ao mesmo cuja subsistência e/ou conteúdo são afectados por essa anulação. A lei prevê a indemnização dos respectivos beneficiários e a manutenção da sua situação jurídica, para o que estabelece requisitos. A indemnização dos danos que sofram por força da anulação os beneficiários de actos consequentes pressupõe: i) que estes actos tenham sido praticados há mais de um ano; ii) que a precariedade da situação que lhes é inerente lhes fosse desconhecida sem culpa¹⁹². Em regra, aquando da prolação da sentença, os actos consequentes foram praticados há mais de um ano e, em regra, os seus beneficiários não desconheciam (sem culpa ou com ela)¹⁹³ a precariedade da situação, uma vez que, as mais das vezes, são contra-interessados no processo judicial.

A situação jurídica dos beneficiários de actos consequentes não pode ser posta em causa se: i) os danos que sofram por virtude da anulação forem de difícil ou impossível reparação; ii) for, também, “manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da situação e o interesse na execução da sentença anulatória”. A dificuldade ou impossibilidade de reparação só existirá em casos limites – associando-se, muitas vezes, à construção em cadeia de situações jurídicas conexas permitida pelo decurso muito significativo do tempo (por exemplo, a aquisição de sucessivas categorias de acesso após ingresso, mediante concurso, cuja legalidade é objecto de discussão judicial, em categoria de base de uma dada carreira)¹⁹⁴; e, na verdade, a dificuldade só existirá quando esteja em causa a manutenção de duas situações incompatíveis. Em segundo lugar, e principalmente, em muitos casos, não é possível identificar situação de desproporção atendível, porque o interesse de quem quer executar a sentença é tão ponderoso (ou mais, porque foi prejudicado pela prática de acto ilegal) quanto o interesse daquele (que foi beneficiário da prática de acto ilegal) que não quer que a sentença seja executada e quer manter a respectiva situação. As mais das vezes não há situação de desproporção.

¹⁹². Cfr. artigo 173.º. “3 - Os beneficiários de actos consequentes praticados há mais de um ano que desconheciam sem culpa a precariedade da sua situação *têm direito a ser indemnizados pelos danos que sofram em consequência da anulação*, mas a sua situação jurídica não pode ser posta em causa se esses danos forem de difícil ou impossível reparação e for manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da situação e o interesse na execução da sentença anulatória” (itálico nosso).

¹⁹³. Vieira de Andrade defende que a exigência devia ser, aqui, a da boa fé (A Justiça Administrativa, cit., p. 395. Crê-se que o critério seria ponto «selectivo», na medida em que, as mais das vezes, é de presumir que o beneficiário do acto consequente se encontra de boa fé.

¹⁹⁴. É difícil, e sobretudo demasiado oneroso para o trabalhador, reverter o acesso na carreira estreado num ingresso ilegal. No entanto, importa não esquecer que, segundo o disposto no artigo 134.º, n.º 3, do CPA, a pessoa vai poder manter a generalidade dos efeitos jurídicos associados aos actos consequentes, salvo o efeito jurídico principal.

O artigo 134.º, n.º3, do CPA não dispõe em sentido diferente. É que, na verdade, dele decorre apenas a possibilidade de atribuição de “certos” efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos. A circunscrição a “certos” efeitos exclui que do ponto de vista do *status quo*, do efeito principal ou central da anulação do acto, manter ou não manter o acto seja equivalente ou indiferente. E o artigo 133.º, n.º 2, alínea i), do CPA faz depender a manutenção de acto consequente do interesse legítimo do respectivo beneficiário. E o interesse legítimo é de aferir, sobretudo, em função dos critérios do artigo 173.º, n.º 3, do CPTA, já que o critério da boa fé será, em regra, não diferenciador das situações, melhor se fazendo a ponderação com o princípio da segurança jurídica. Estes preceitos apontam para uma modelação temporal (conhecida do juiz comunitário e do juiz constitucional¹⁹⁵) e subjectiva dos efeitos da sentença anulatória, nos termos da qual a sua eficácia retroactiva aproveita ao autor, sem, tendencialmente, atingir até ao seu trânsito em julgado os efeitos que produziu o acto anulado ou a realidade fáctica decorrente de actos anulados/nulos em relação aos seus beneficiários.

A sentença condenatória à prática de acto devido coloca problemas de articulação com os actos consequentes em termos idênticos ou de forma mais acentuada (dado o imperativo da prática de um acto com certo conteúdo) do que as sentenças anulatórias. Para aquelas, porém, o legislador determina a aplicação do regime para a prestação de facto, sem regular essa articulação¹⁹⁶.

6.2.2. A “reintegração ou recolocação” de trabalhador

A “reintegração ou recolocação” de trabalhador que obteve a anulação de um acto administrativo a que se oponha “a existência de terceiros interessados na manutenção de situações incompatíveis” é susceptível de se reconduzir ao regime exposto. No entanto, o legislador gizou um regime autónomo para a situação de reintegração ou recolocação de trabalhador e muito distinto no efeito que tem sobre a situação daqueles¹⁹⁷. Se existir

¹⁹⁵. Como nota Florent Blanco, *Pouvoirs du Juge et Contentieux Administratif de la Légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2010, pp. 224 a 236.

¹⁹⁶. Observa Rui Chancerelle de Machete que “[a] possibilidade de cumular a pretensão da anulação com a pretensão da condenação ...conduz à possibilidade de dispensar a regulação em tipo autónomo de execução” – “Execução ...”, cit., p. 276.

¹⁹⁷. Cfr. artigo 173.º, n.º 4, do CPTA: “Quando à reintegração ou recolocação de um funcionário que tenha obtido a anulação de um acto administrativo se oponha a existência de terceiros interessados na manutenção de situações incompatíveis, constituídas em seu favor por acto administrativo praticado há mais de um ano, o funcionário que obteve a anulação tem direito a ser provido em lugar de categoria igual ou equivalente àquela em que deveria ser colocado, ou, não sendo isso possível, à primeira vaga que venha a surgir na categoria correspondente, exercendo transitivamente funções fora do quadro até à integração neste.”

situação incompatível com a reintegração ou recolocação ditada ou decorrente da sentença anulatória e se a situação tiver sido constituída há mais de um ano mantém-se, o que acontecerá as mais das vezes.

Há, pois, um regime regra muito estrito¹⁹⁸ e que, dificilmente, permite a manutenção da situação dos beneficiários de actos consequentes e, depois, há um regime muito benéfico que se aplica a duas situações (reintegração e recolocação) e que reverte, sobretudo, em favor dos beneficiários de actos consequentes¹⁹⁹.

Ao invés do que ocorre noutros normativos, o legislador dita a sua aplicação aos funcionários; depois refere-se ao provimento “em lugar” existente e a vaga que venha a surgir. Pode aventar-se que usa o termo funcionário em sentido estrito: noutros locais quando se quis referir aos não funcionários, o legislador empregou os termos agente e servidores públicos; o termo reintegração associa-se, tradicionalmente, ao de funcionário e ao de provimento de lugar. Hoje, os lugares foram substituídos pelos postos de trabalho, que descrevem actividades funcionais; e, depois, ao invés do termo utilizado pelo legislador, eles não “surgem”, eles são actualizados (criados ou extintos) no mapa de pessoal.

A utilização do termo reintegração e recolocação pressupõe a distinção de significado deste. A reintegração é configurável quando há uma situação de cessação da relação jurídica de emprego público (despedimento ou demissão). De recolocação pode falar-se, por exemplo, quando está em causa a mudança do posto de trabalho ou uma variação funcional.

Conclusões

1. As opções legislativas quanto aos vínculos e regimes jurídicos do emprego público reflectem-se no âmbito da jurisdição administrativa.
 - 1.1. Os litígios emergentes de contrato de trabalho sujeito ao direito laboral comum estão subtraídos à competência dos tribunais administrativos.
 - 1.2. Os litígios relativos ao procedimento formativo do contrato de trabalho estão submetidos aos tribunais administrativos.
 - 1.3. Os litígios relativos ao contrato de trabalho regulados por normas de Direito Administrativo cabem aos tribunais administrativos.
 - 1.4. Os conflitos relativos a actos ou operações da Administração instrumentais face aos instrumentos de regulamentação colectiva são da competência dos tribunais administrativos.

¹⁹⁸. Cfr. artigo 173.º, n.º 3, do CPTA.

¹⁹⁹. Cfr. artigo 173.º, n.º 4, do CPTA

1.4.1. Os conflitos referentes à interpretação e validade dos instrumentos de regulamentação colectiva são, tendencialmente, dirimidos pelos tribunais judiciais.

1.5. No caso de modificação de relação jurídica de emprego, a competência dos tribunais administrativos e dos tribunais judiciais afere-se em função dos critérios conjugados do pedido e da causa de pedir, referidos à relação jurídica que convoca.

2. De entre os pressupostos processuais em geral destaca-se o reconhecimento da legitimidade das associações sindicais para a defesa dos interesses colectivos e dos interesses individuais dos trabalhadores.

2.1. A legitimidade das associações sindicais para a defesa processual dos interesses individuais tem carácter representativo: deve depender sempre da aceitação da representação pelo trabalhador ou da junção ao processo de comprovativo da sua situação de sócio vigente.

3. Atento o regime geral do pressuposto processual negativo aceitação é despicienda a afirmação da irrelevância da execução ou acatamento de acto pelo trabalhador para aquilatar da possibilidade da sua impugnação.

4. No domínio do contencioso do emprego público não se devem sobrevalorizar as pretensões relativas a actos administrativos: em muitos casos, trata-se, na verdade, de efectivar direitos e obrigações das partes na relação jurídica de emprego.

4.1. Não é possível estabelecer nexos necessários entre o tipo de vínculo laboral e as pretensões formuladas: o vínculo contratual não exclui pretensões relativas a actos administrativos; o vínculo da nomeação não exclui acções de conteúdo prestativo.

4.2. Na relação jurídica de emprego público coexistem “momentos de autoridade e momentos paritários” (Sergio De Felice), sendo em função destes e, fundamentalmente, das pretensões deduzidas, que tem de ser aferida a idoneidade do meio processual utilizado.

5. A extensão subjectiva dos efeitos de sentença anulatória interpela o empregador a adoptar um mesmo padrão jurídico de decisão ou actuação relativamente aos seus trabalhadores.

6. O regime substantivo relativo à execução da anulação judicial de acto administrativo dificilmente permite a indemnização dos trabalhadores beneficiários de actos consequentes e, bem assim, a manutenção destes actos.

6.1. O regime substantivo relativo à execução da anulação judicial de acto administrativo que importe a “reintegração ou a recolocação” de trabalhador permite, em regra, a manutenção de situação incompatível dos beneficiários dos actos consequentes.

6.2. A eficácia retroactiva da sentença anulatória ou o reconhecimento jurídico de acto nulo conciliado com o princípio da segurança jurídica depõem no sentido da modelação temporal e subjectiva dos efeitos da sentença.

6.2.1. Nos termos desta modelação, a sentença aproveita ao autor, sem tendencialmente atingir, até ao seu trânsito em julgado, os efeitos que produziu o acto anulado ou a realidade fáctica decorrente de actos nulos em relação aos seus beneficiários.

Lisboa, 14-06-2010

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt