

# Medidas cautelares no ordenamento contencioso — Breves notas \*

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

**Estrutura da exposição:** 1. A tutela cautelar no modelo tradicional do contencioso administrativo: a suspensão da eficácia dos actos administrativos; 1.1. Caracterização genérica do instituto, com especial atenção às particularidades do sistema português; 1.2. Limitações inerentes ao modelo — em especial, o problema da suspensão da eficácia de actos negativos; 2. A tutela cautelar no moderno contencioso administrativo — as medidas cautelares dirigidas à adopção de providências de conteúdo positivo; 2.1. A tendência para o aprofundamento da tutela no moderno contencioso administrativo; 2.2. O papel da tutela cautelar no contexto do aprofundamento da tutela no moderno contencioso administrativo.

---

\* O texto que agora se publica corresponde, no essencial, àquele que serviu de base a uma intervenção realizada no Seminário Galaico-Português sobre o sistema contencioso-administrativo que, por iniciativa conjunta da Escola Galega de Administración Pública e do Instituto de Gestão e Administração Pública, o Prof. Doutor Jaime González-Arana Muñoz promoveu, em 22 de Maio de 1995, na cidade galega de Orense e que se subordinou ao tema: «Medidas cautelares no ordenamento contencioso.» As ligeiras adaptações introduzidas no texto procuraram ter em conta os novos desenvolvimentos legislativos e os novos contributos que entretanto surgiram na doutrina portuguesa sobre o tema.

## 1. A tutela cautelar no modelo tradicional do contencioso administrativo: a suspensão da eficácia dos actos administrativos

### 1.1. Caracterização genérica do instituto, com especial atenção às particularidades do sistema português

1. *O mecanismo da suspensão da eficácia como instrumento acessório em relação ao recurso de anulação de actos administrativos.* É sabido que o instrumento tradicional de tutela provisória ou cautelar dos interesses dos particulares no seu relacionamento com o poder público administrativo consiste na chamada *suspensão da eficácia dos actos administrativos*. Trata-se de um processo cautelar, instrumental e acessório em relação ao recurso contencioso de anulação, cujo *periculum in mora* se destina a prevenir. A sua função é a de acautelar a posição do recorrente, evitando o risco de prejuízos que a morosidade do recurso pode trazer aos interesses que defende no recurso.

Preende-se proteger o recorrente contra o perigo da execução do acto na pendência do recurso, contra comportamentos (medidas ou abstenções) que a Administração possa adoptar ao abrigo do acto impugnado. Mas não se trata apenas de proibir a Administração de executar o acto, de lhe impor que não se comporte em conformidade com o acto. A suspensão da eficácia é uma medida de alcance constitutivo, que antecipa, embora a título provisório, os efeitos da sentença de anulação cuja utilidade prática visa acautelar — tem por finalidade prevenir os efeitos nocivos que seriam evitados se a sentença de anulação fosse antecipada.

Com a suspensão judicial, os efeitos do acto ficam em estado de quiescência ou de letargia desde o momento inicial (*ex tunc*). Tudo se passa (provisoriamente) como se o acto não tivesse sido praticado: a definição que dele decorre não foi introduzida na ordem jurídica, nenhum acto jurídico ou operação material se pode basear na definição, na modificação que ele pretendia introduzir. Deste modo se impede que qualquer um, e designadamente a autoridade que praticou o acto, proceda à sua execução ou dele extraia quaisquer consequências para qualquer efeito.

No momento presente, é esta a única via de tutela provisória ou cautelar expressamente prevista pela legislação do contencioso administrativo vigente em Portugal. Solução tradicional que beneficiou, com a reforma de 1985, de diversos aperfeiçoamentos, de entre os quais cumpre salientar dois de maior relevo.

a) A «suspensão provisória», do artigo 80.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos. O pedido de suspensão da eficácia pode ser apresentado conjuntamente com a petição do recurso, ou ainda antes da interposição do recurso. Recebendo de imediato o duplicado do pedido de suspensão, a autoridade administrativa não pode, a partir desse momento, iniciar ou prosseguir a execução do acto. A epígrafe do artigo 80.º da Lei de Processo fala, a este propósito, numa «suspensão provisória» que se manteria até à decisão do pedido, para evitar o *periculum in mora* inerente à tramitação do próprio processo de suspensão da eficácia. Mas não parece que ocorra uma verdadeira suspensão provisória da eficácia do acto administrativo.

Na verdade, a produção de um tal efeito, automática, desde que o requerimento não se apresente manifestamente inviável, seria excessiva e não parece resultar da letra do preceito. Antes parece que a lei apenas proíbe que a Administração inicie ou prossiga a execução do acto durante a pendência do processo de suspensão, até ao trânsito em julgado da respectiva decisão. Assim, se a eventual suspensão judicial porventura viesse a implicar o cumprimento de prestações por parte da Administração, não parece que elas devam ser antecipadas por efeito do artigo 80.º, que apenas impõe que a Administração suspenda a adopção de medidas dirigidas à execução do acto administrativo.

b) A suspensão do acto já executado, do artigo 81.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos. Se houver utilidade relevante para o requerente e daí não resultar prejuízo superior para eventual contra-interessado, pode ser pedida e concedida a suspensão da eficácia de acto que já tenha sido executado ou que não careça de execução (dito de *execução instantânea*). Que a tal não se opõe uma impossibilidade jurídica, é evidente e resulta do facto de se pedir a suspensão da eficácia e não da execução do acto. Se o acto existe e produziu efeitos, é óbvio que os seus efeitos podem ser suspensos mesmo após a sua execução e, em todo o caso, independentemente desta.

Como a pronúncia de suspensão tem eficácia retroactiva, a Administração pode ficar constituída no dever de tomar as medidas necessárias (por exemplo, restituições) para que se reconstitua (provisoriamente) a situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado e executado, mas o tribunal não define o conteúdo dessas medidas. A suspensão não se justifica por falta de interesse processual do requerente se todos os efeitos nocivos do acto já se tiverem consumado e as consequências da

execução realizada forem materialmente irreversíveis, pois nesse caso a pronúncia judicial não tem a utilidade de impedir nem a produção futura de efeitos nocivos, nem a manutenção da situação lesiva.

2. *Particularidades do instituto da suspensão da eficácia em Portugal.* A nosso ver, a concretização prática tradicional do instituto da suspensão da eficácia no sistema vigente em Portugal apresenta *deficiências específicas* que prejudicam a posição do interessado em obter a suspensão e que resultam de duas ordens de factores, estreitamente relacionados, de resto, entre si.

Na verdade, tende hoje a reconhecer-se, por todo o lado e desde logo ao nível da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que, nesta sede, o risco da perturbação grave de interesses públicos e privados deve ser sopesado em conjunto. Por outro lado, na ponderação relativa daqueles interesses deve contar o *fumus boni iuris*, isto é, o tribunal deve atender ao grau de probabilidade de êxito do recurso. Para o efeito, o tribunal deve proceder à apreciação perfunctória e provisória da consistência e, portanto, da credibilidade da pretensão do particular — apreciação que cumpre, naturalmente, conservar dentro dos estritos limites que são próprios da tutela cautelar, para não comprometer nem antecipar o juízo de fundo que caberá formular no termo do recurso. O tribunal deve tomar também em linha de conta o comportamento, judicial e extrajudicial, que entretanto a Administração tiver assumido, na medida em que tal comportamento também possa, pelo seu lado, fornecer indícios da efectiva adopção, por parte da Administração, de uma atitude de desrespeito pela legalidade.

Ora, é nestes dois planos complementares que a tradição portuguesa do instituto da suspensão da eficácia se apresenta, quanto a nós, insatisfatória, e embora se venha, nos últimos anos, a assistir a uma evolução positiva da jurisprudência nesta matéria, cumpre reconhecer que a posição de quem pretende obter a suspensão tende a ser, a um duplo título, fragilizada.

a) Em primeiro lugar, é da tradição jurisprudencial portuguesa o preenchimento rígido e formalista dos pressupostos legais do instituto, que não são ponderados em conjunto nem no mesmo plano, o que, na prática, conduz à sobrevalorização de um (genérico e omnipresente) interesse público na imediata execução do acto, em detrimento da posição do recorrente.

A posição do recorrente é desde logo prejudicada pelo facto de, tradicionalmente, e sem prejuízo da evolução mais recente no sentido de uma crescente abertura neste domínio, a jurisprudência adoptar uma atitude tendencialmente restritiva no que toca a aceitar que a execução do acto provavelmente causará prejuízos de difícil reparação para o recorrente, tendendo a adoptar o critério segundo o qual o prejuízo só seria de «difícil reparação» quando fosse insusceptível de avaliação pecuniária.

Ora, o referido critério deve ser definitivamente ultrapassado, devendo admitir-se que o prejuízo do recorrente é irreparável sempre que os factos concretos por ele alegados permitam perspectivar, segundo o critério da causalidade adequada, a criação de uma situação de impossibilidade da reintegração da sua esfera jurídica no caso de o acto vir a ser anulado. Na verdade, cumpre recordar que não é indiferente para o Direito e, portanto, para o correcto exercício da função administrativa, que a Administração execute uma sentença de anulação ou que, pelo contrário, não a execute, limitando-se a indemnizar os eventuais lesados pelos danos decorrentes do facto da inexecução. A legalidade e a justiça exigem que, sempre que possível, a execução prevaleça sobre a inexecução. O *direito fundamental à tutela judicial efectiva* contra os actos ilegais da Administração impõe que se procure evitar a todo o custo que se consumem situações de *causa legítima de inexecução* das sentenças de anulação\*.

Acresce a isto o facto de a jurisprudência tradicionalmente afirmar, sem grande rigor, que no âmbito do instituto da suspensão da eficácia vale uma *presunção de legalidade* do acto administrativo. Com esta afirmação pretende-se significar que, sem prejuízo da apreciação que da sua validade se fará no recurso, o acto, no momento cautelar, surge, por definição, como instrumento irrecusável de realização do interesse público, cuja validade se admite como certa, salvo em situações extremas de ostensiva nulidade.

Ora, a partir de semelhante pressuposição, é natural que a eventualidade da suspensão da eficácia se tenda a apresentar como uma potencial ameaça à satisfação do interesse público que o acto prossegue e que a

---

\* Sobre o conceito das *causas legítimas de inexecução* e outros desenvolvimentos sobre as demais questões abordadas neste parágrafo do texto, cujo objecto ultrapassa largamente o âmbito da presente exposição, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, 1.ª edição, Lisboa, 1967; 2.ª edição, Coimbra, 1997.

suspensão não possa, por isso, ser admitida em todos os domínios da actuação administrativa em que a jurisprudência não se sinta segura para admitir que não há urgência na execução. Desenha-se, assim, a tendência para, na dúvida, se favorecer o (presumido e abstracto) interesse público na imediata execução do acto, em detrimento do interesse do particular na suspensão dos seus efeitos, sem que, por via de regra, a essa tendência faça obstáculo a ponderação concreta dos valores em presença, pelo menos nos casos em que se perspectivem prejuízos de especial gravidade para o particular. Com o que, como tinha sido referido, se abdica de sopesar em conjunto o risco da perturbação grave dos interesses públicos e privados\*.

b) Para a rigidez e excessivo formalismo que, nos termos descritos, tradicionalmente caracterizam a aplicação do instituto da suspensão da eficácia contribui, quanto a nós, a recusa da utilização do critério do *fumus boni iuris* — *aparência de bom direito*, probabilidade séria de procedência do recurso — que, em nossa opinião, pode e deve assumir um importante papel neste domínio como óbvio factor de racionalidade e, portanto, enquanto elementar exigência de justiça que se impõe no interesse de todos os envolvidos no processo.

No interesse da Administração e dos contra-interessados, é certo, pois que nem uma nem outros devem ficar à mercê do abuso da tutela cautelar por parte de quem faça valer pretensões manifestamente infundadas. Mas também do próprio recorrente, já que a aplicação deste critério pode ser determinante para reforçar a sua posição no confronto com a da Administração e, portanto, para um maior equilíbrio na ponderação dos interesses em jogo. Por este último ser o menos óbvio dos

---

\* O quadro descrito levou até a que se perguntasse na doutrina se o instituto da suspensão da eficácia não funcionaria em Portugal como um *processo de jurisdição voluntária*, isto é, como um processo no âmbito do qual, no fundo, haveria um interesse fundamental (que seria o interesse público) e ao juiz caberia escolher a forma mais conveniente de o acautelar segundo um critério de equidade. Não parece, contudo, que a preponderância atribuída à apreciação do interesse público sobre a apreciação do interesse privado vá ao ponto de conduzir o tribunal a orientar-se apenas em função da solução que melhor favoreça o primeiro dos dois interesses. Nem parece que se deva deixar de reconduzir este processo à categoria das providências cautelares. Demonstrativa disso parece ser, para alguns autores, a consagração legal da possibilidade de recurso da decisão e da sua tendencial imutabilidade até ao trânsito em julgado da decisão do recurso.

dados em presença, será conveniente debruçarmo-nos um pouco mais sobre ele.

É que a aplicação do critério do *fumus boni iuris* contende directamente com o pressuposto básico em que, como foi referido, tradicionalmente assenta o funcionamento do instituto em Portugal, e que é a pretensa *presunção de legalidade* do acto administrativo, à luz da qual se aceita que, num amplo domínio de actuações da Administração, existe um (presuntivo e, portanto, abstracto) interesse público na execução imediata que, por princípio, deve prevalecer sobre os interesses de quem pretende a suspensão.

Ora, dar relevância, em sede cautelar, aos eventuais indícios de ilegalidade do acto implica afastar a ideia de que a execução de quaisquer actos praticados em certos domínios é, por definição, de interesse público. Pelo contrário, desde logo nos casos de invalidade ostensiva do acto, o *fumus boni iuris* justifica, sem mais dificuldades e seja qual for o domínio de matérias a que o acto diga respeito, a imediata suspensão judicial da sua eficácia, que nesse caso não se pode considerar lesiva do interesse público. Deste modo se admite a atribuição, *no caso concreto*, da providência cautelar, mesmo relativamente a decisões administrativas que, *em abstracto*, seria de presumir que, pela natureza dos interesses que visam proteger, careceriam de urgente execução. Com o que se contribui para aproximar os interesses em confronto, facilitando a sua ponderação em conjunto por parte do tribunal.

A *aparência de bom direito* não representa, pois, um obstáculo mais às pretensões do requerente, mas também pode contribuir para reforçar a sua posição no confronto com pretensões executórias da Administração, na medida em que pode funcionar como um factor de reequilíbrio dos interesses em presença — o que, em certos casos, pode ser mesmo determinante para a atribuição de uma providência cautelar que, segundo o critério tradicional de preenchimento dos pressupostos do instituto, em princípio, não seria concedida.

A título complementar, dada a delicadeza das questões que suscita, não deixaremos entretanto de acrescentar que o relevo da intervenção do critério do *fumus boni iuris* será acrescido em situações de fronteira, nas quais o tribunal se pode ver colocado em posição de criar, com a decisão do processo cautelar, uma situação de facto consumado com a qual a Administração depois se poderia vir a ter de confrontar, no caso de o recurso vir a ser julgado improcedente. Referimo-nos a situações nas quais, se o tribunal não suspender a eficácia, se consuma o resultado

determinado pelo acto e portanto se frustra de todo a utilidade da eventual sentença final de anulação, que será incapaz de projectar qualquer efeito útil sobre situações de facto que entretanto se terão tornado irreversíveis; mas se o tribunal suspender a eficácia, isso, na prática, pode implicar satisfazer, de imediato, o interesse do recorrente, permitindo que a sua posição se consolide em termos que já se poderão ter tornado irreversíveis na eventualidade de o recurso vir a improceder.

A delicadeza do argumento neste plano resulta do facto de o problema que nesta sede se coloca já se relacionar com o da própria delimitação da fronteira que separa a tutela cautelar da tutela final, pois, em princípio, as medidas cautelares são provisórias, não devendo constituir situações irreversíveis. Ora, não é possível nem exigível, neste contexto, apreciar a questão a título principal, procurando para ela a resposta que só o estudo exaustivo de todas as envolventes permitiria. Para o efeito em presença, apenas se adiantará que, em nossa opinião, a providência cautelar mediante a qual o tribunal, considerando existir uma clara desproporção entre os valores em confronto, decida que, a poder ter eventualmente de constituir-se uma inevitável situação de facto consumado, é mais justo que ela corresponda à posição detida pelo particular (portventura, por estar em jogo o exercício de direitos fundamentais seus), não antecipa o resultado do processo principal (portanto, a tutela judicial final) e não ultrapassa, portanto, os limites da tutela cautelar.

Na verdade, em qualquer dos casos, o tribunal não está a apreciar a consistência jurídica das posições das partes e a decidir, na posse de todos os elementos, sobre quem tem razão quanto ao fundo. O tribunal está a intervir num plano completamente diferente, que ainda é apenas o da gestão das circunstâncias de facto que se irão desenvolver e inevitavelmente consumar *na pendência do recurso e, portanto, na ausência da definição judicial definitiva da controvérsia*. Admitindo que qualquer das partes pode ter razão quanto ao fundo, o tribunal limita-se a ponderar o peso relativo dos custos que poderá ter a constituição de uma situação de facto consumado em (des)favor de qualquer das partes em contenda.

Do mesmo modo se passam, de resto, as coisas quando, na situação inversa, o tribunal recusa a suspensão, admitindo que, dadas as circunstâncias, assim se vai constituir uma situação irreversível em desfavor do recorrente e que, portanto, se vier a alcançar vencimento no recurso, ele se verá necessariamente confrontado com a existência de uma causa legítima de inexecução da sentença anulatória. Também neste caso não se pode dizer que o tribunal decidiu que o acto impugnado era válido,

aceitando por isso como boas as consequências da sua execução. Limitou-se, antes, a ponderar o peso relativo dos argumentos que, no caso concreto, propugnavam em favor e contra a imediata execução do acto. E tê-lo-á determinado a convicção de que a suspensão da eficácia envolveria um sacrifício desproporcionado do interesse público que porventura exigia a imediata execução.

Em qualquer caso, trata-se de um juízo que incide directamente sobre os interesses envolvidos na definição da situação de facto, independentemente da decisão final sobre a validade do acto, a proferir no processo principal (no recurso). Trata-se de um juízo específico que só pode ser feito em sede cautelar e do qual o tribunal não pode abdicar. E a equilibrada ponderação das circunstâncias pode conduzir o tribunal à conclusão de que, em vez de, após a eventual procedência do recurso, o particular se ter de confrontar com uma consabida situação de causa legítima de inexecução da sentença anulatória, é mais justo que seja a Administração a suportar o risco de deparar com uma situação de facto consumado desfavorável à sua posição, no caso da eventual improcedência do recurso.

Ora, e era apenas este o ponto que aqui se queria deixar presente, é evidente que o tribunal se sentirá tanto mais à vontade para tomar uma decisão deste tipo, se, perfunctoriamente avaliada a consistência jurídica da pretensão deduzida pelo recorrente contra o acto, lhe parecer que o recurso apresenta fortes possibilidades de vir a obter vencimento. Deste modo se evidencia, em situações de fronteira, a importância que o critério do *fumus boni iuris* pode e deve assumir como factor de aperfeiçoamento da tutela cautelar. Mas, de uma maneira geral, parece óbvio que os tribunais tenderão a assegurar com maior facilidade e em maior número de casos a tutela cautelar se para o efeito se puderem apoiar na existência de indícios consistentes de que a pretensão do recorrente é fundada quanto ao fundo\*.

---

\* Como já se tinha antecipado de início, a consagração deste critério pressupõe o permanente respeito pela lógica da tutela cautelar, sendo, por isso, incompatível com a indagação exaustiva de questões cuja resolução cabe no processo principal, o recurso. São conhecidas, por exemplo, as reservas que na Alemanha se têm formulado contra a tendência da jurisprudência para se exceder nesse ponto. Como, porém, a experiência do nosso sistema se encontra nos antípodas da alemã, e como a generalidade dos países do nosso sistema de contencioso administrativo tem conseguido o difícil equilíbrio entre esses dois extremos, não se vê que à introdução no nosso sistema, com as devidas precauções, do critério da aparência do bom direito, se oponham graves razões de fundo.

Tudo o que se disse parece concorrer para a conclusão de que, logo no próprio domínio da suspensão da eficácia dos actos administrativos, o aperfeiçoamento da tutela cautelar deve passar pela transformação do modelo tradicional. O facto de, em Portugal, se ponderarem separadamente, em valor absoluto e sem atenção ao *fumus boni iuris*, os riscos que a suspensão envolve para o interesse público, não assegura a justa comparação dos interesses em jogo.

Pelo contrário, o tribunal deve proceder, em cada caso, à ponderação equilibrada dos interesses. Nesse sentido, o tribunal deve contrabalançar os eventuais riscos que a suspensão envolve para o interesse público com a magnitude dos danos que a execução do acto com toda a probabilidade possa trazer ao recorrente e que até se podem projectar directamente no âmbito de exercício dos seus direitos fundamentais; e deve ser tanto menos rigoroso na apreciação dos prejuízos que a execução do acto pode causar ao recorrente, quanto menor a relevância que a imediata execução do acto assuma para a prossecução do interesse público e, portanto, quanto menor a gravidade do sacrifício que a suspensão pareça implicar para o interesse público. Em nossa opinião, o resultado seria mais satisfatório se o tribunal passasse a atender à eventual existência de indícios de que a pretensão do recorrente é fundada quanto ao fundo\*.

## 1.2. Limitações inerentes ao modelo — em especial, o problema da suspensão da eficácia de actos negativos

3. *O problema da suspensão da eficácia de actos negativos decorre naturalmente do facto de o mecanismo da suspensão da eficácia funcionar como instrumento acessório em relação ao recurso de anulação de actos administrativos.* Para além das deficiências específicas que se acabam de apontar, o instituto da suspensão da eficácia padece das defi-

---

\* Salvo no que se refere à consagração do critério do *fumus boni iuris*, que não prevê, a projectada reforma do processo administrativo aponta para a transformação do modelo tradicional na perspectiva esboçada no texto. Neste sentido, o mais recente projecto de reforma admite que a suspensão pode ser decretada quando «forem desproporcionadamente superiores os prejuízos que a imediata execução do acto cause ao requerente com inevitável repercussão nos interesses da comunidade ou de terceiros» (artigo 131.º, n.º 2, do Projecto de Código do Processo Administrativo).

ciências fundamentais que genericamente se lhe associam em todos os países. É que a suspensão da eficácia, funcionando como instrumento acessório em relação ao recurso de anulação de actos administrativos, só está apta a proporcionar *tutela cautelar efectiva* nos casos em que se possa, de facto, afirmar que o recurso de anulação, só por si, é idóneo para proporcionar, de forma directa e imediata, *tutela final efectiva*.

O problema coloca-se com especial acuidade a respeito dos chamados *actos administrativos de conteúdo negativo*, quando está em jogo a tutela judicial efectiva dos chamados *interesses pretensivos* dos particulares, que se dirigem à emissão de um acto administrativo. Com efeito, o mecanismo da suspensão da eficácia só proporciona tutela cautelar efectiva nos casos em que o interesse material do recorrente apenas se oponha a uma inovação de conteúdo lesivo, introduzida por um acto de conteúdo positivo. Se estiver em causa um acto de conteúdo negativo, que de algum modo recusa a satisfação de uma pretensão do particular, o mecanismo da suspensão da eficácia já não serve.

Diz-se correntemente que, neste domínio, a suspensão nem sequer é possível. Mas, em rigor, não existe aí uma impossibilidade jurídica. Se se admite que o acto existe e é eficaz, é evidente que os seus efeitos podem ser suspensos. O que sucede é que não há interesse processual, interesse em agir para obter a suspensão da eficácia de um acto negativo. Essa suspensão não proporciona ao interessado a utilidade cautelar de que ele, realmente, necessita, e que seria a antecipação provisória do acto pretendido, de conteúdo positivo. Só em ordem a este resultado é que existe interesse. Ora, este resultado não pode ser obtido através do mecanismo da suspensão da eficácia.

Cumpre, neste ponto, acentuar que a suspensão da eficácia tem o alcance de colocar as partes na posição em que se encontrariam sem a emissão do acto. Assim, e independentemente da respeitabilidade das intenções de quem o faz ou sugere, não se pode imputar à (verdadeira) suspensão da eficácia de um acto administrativo, a constituição de uma situação jurídica nova, diferente daquela que existia no momento em que esse acto foi praticado. Assim, por exemplo, a admissão provisória de um candidato num concurso não é efeito da suspensão da eficácia do acto que lhe vedou o acesso a esse concurso, mas de uma decisão substitutiva de conteúdo positivo, que lhe entendeu abrir esse acesso, ainda que a título provisório. Não há mal nenhum, como adiante se verá, em que os tribunais adoptem uma tal providência. Apenas se impõe notar que, fazendo-o, não estão a suspender a eficácia do acto negativo, o que,

só por si, seria inútil, mas, mais do que isso, estão a adoptar outro tipo de providência cautelar.

A questão já se coloca de modo diferente em situações nas quais não se pretende alcançar uma vantagem que não se tem, mas conservar uma situação da qual já se beneficiava. Nesse caso, e ainda que esteja em jogo um acto de recusa (um acto formalmente negativo), do que se trata é, de facto, de procurar protecção contra consequências (porventura, contra medidas administrativas, de conteúdo material ou jurídico) que são inovadoras e limitam ou restringem a posição em que o particular se encontrava. Consequências que não se poderiam desencadear sem a definição introduzida pelo acto que, em rigor, não é um acto estritamente negativo, mas um acto de conteúdo misto ou ao qual, pelo menos, a lei associa efeitos ulteriores de alcance positivo. Justifica-se, por isso, a suspensão da eficácia desse acto, com o alcance de paralisar as consequências que as normas associam à sua prática — pense-se no exemplo da recusa de um pedido de renovação de uma licença (cujo alcance se pode assimilar ao da revogação da licença) ou da recusa de um pedido de adiamento de incorporação militar.

## **2. A tutela cautelar no moderno contencioso administrativo — as medidas cautelares dirigidas à adopção de providências de conteúdo positivo**

### **2.1. A tendência para o aprofundamento da tutela no moderno contencioso administrativo**

*4. Insuficiência do recurso para garantir a tutela judicial efectiva dos chamados interesses pretensivos, que se dirigem à prática de um acto de conteúdo positivo por parte da Administração.* As limitações fundamentais e genéricas que se acabam de apontar ao instituto da suspensão da eficácia dos actos administrativos são o produto de uma deficiência de fundo do recurso de anulação, que se evidencia no facto de o recurso não ser a via adequada de tutela para as situações em que o recorrente, reagindo contra um acto de recusa, pretende a prática de um acto de conteúdo positivo. Numa situação desse tipo, mais do que a anulação do acto negativo, que, só por si, não lhe traz a vantagem pretendida, ele deseja a sua substituição por outro que lhe seja favorável.

Vemo-nos, deste modo, conduzidos à magna questão que, de há anos para cá, se coloca ao sistema do contencioso administrativo português como, de resto, aos demais sistemas de contencioso administrativo de tradição francesa. Referimo-nos à necessidade de se alargarem as vias de tutela contenciosa administrativa para além dos estreitos limites do recurso de anulação e respectivo mecanismo de suspensão da eficácia dos actos impugnados. Vejamos em que termos a questão se coloca hoje em Portugal.

*5. O modelo tradicional do contencioso administrativo em Portugal — o recurso de anulação e o contencioso das acções — e a evolução no sentido do alargamento dos instrumentos de tutela, após a instituição do regime democrático — a instituição do processo de execução das sentenças e a acção para reconhecimento de direitos ou interesses juridicamente protegidos.*

O sistema do contencioso administrativo português está tradicionalmente estruturado num recurso geral de impugnação de actos arguidos de ilegalidade e no chamado contencioso das acções. Característica principal do *contencioso das acções* reside no facto de o processo não se analisar na apreciação da legalidade de actos administrativos, dispondo, por isso, o tribunal de poderes que vão para além da emissão de pronúncias estritamente anulatórias. Tradicionalmente, os particulares apenas eram admitidos a propor acções perante os tribunais administrativos quando estivesse em jogo a responsabilização civil da Administração ou dos seus agentes por danos causados pela sua actividade de gestão pública ou quando se discutissem questões respeitantes à interpretação, integração ou cumprimento de contratos administrativos.

Após a instituição do regime democrático e a entrada em vigor da Constituição de 1976, o sistema do contencioso administrativo português foi objecto de numerosos aperfeiçoamentos, de entre os quais avultam, no domínio que nos interessa, duas inovações da maior importância.

Logo em 1977, o legislador veio reformular o regime das garantias dos particulares em caso de inexecução das sentenças de anulação, instituindo um processo, dito «de execução das sentenças», que na realidade funciona como uma acção complementar ao recurso de anulação e no âmbito da qual se pode obter do tribunal a declaração imperativa do conteúdo das providências que a Administração deve adoptar para dar execução a uma sentença de anulação, incluindo a imposição judicial da

prática de um acto administrativo que a Administração porventura se tivesse ilegalmente recusado a adoptar.

Em 1985, a Lei de Processo dos Tribunais Administrativos instituiu, na sequência da revisão constitucional de 1982, a *acção para reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos*, mediante a qual, entre outras coisas, se pode obter do tribunal, quando não tenha sido praticado um acto impugnável, a declaração imperativa do conteúdo de medidas que a Administração deva adoptar (ou deixar de adoptar).

Questão que, a partir daí, se colocou na ordem do dia é a da evolução do sistema no sentido de se assegurar que os interessados possam, desde logo, pedir ao tribunal a imposição de deveres à Administração, mesmo quando esta tenha praticado um acto administrativo, seja, como temos defendido, através da consagração legal da possibilidade da cumulação de pedidos no âmbito do recurso, que assim deixaria finalmente de ser um recurso de estrita anulação, seja através da utilização directa do instrumento da acção. Com a recente Revisão Constitucional de 1997, o artigo 268.º, n.º 4, da Constituição passou a reconhecer o direito à determinação judicial da prática de actos administrativos legalmente devidos, como parte integrante do direito à tutela jurisdicional efectiva dos administrados. E, na sequência disso, o mais recente projecto de reforma do processo administrativo propõe a consagração de ambas as soluções aventadas, admitindo por um lado a possibilidade da cumulação de pedidos no âmbito do recurso, e prevendo por outro lado uma nova acção para a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos, que, de forma inovadora no nosso sistema, se admite que também possa servir para eliminar actos expressos de indeferimento\*.

## **2.2. O papel da tutela cautelar no contexto do aprofundamento da tutela no moderno contencioso administrativo**

### *6. O alargamento dos mecanismos de tutela cautelar como consequência natural do aprofundamento da tutela que é proporcionada pelo*

---

\* Para mais desenvolvimentos sobre o tema deste número, cujo objecto ultrapassa largamente o âmbito da presente exposição, pode consultar-se o nosso «Contributo para a reforma do sistema do contencioso administrativo», *Direito e Justiça*, vol. IX, tomo 1 (1995), pp. 103-121, naturalmente reportado aos desenvolvimentos que precederam a Revisão Constitucional de 1997.

*contencioso administrativo*. É neste contexto que hoje deve ser analisada a questão do alargamento dos instrumentos de tutela cautelar previstos pelas leis do contencioso administrativo. A questão já se colocava antes da Revisão Constitucional de 1997, por directa referência ao postulado constitucional que, incumbindo a justiça administrativa de tutelar os direitos e interesses juridicamente protegidos dos particulares (artigo 268.º, n.º 4, da Constituição), consagrava um *direito fundamental à tutela judicial efectiva em matéria jurídico-administrativa*, cujo conteúdo essencial já se devia entender que compreendia o *direito à tutela cautelar*. Mas a revisão do preceito teve o cuidado de clarificar a questão, em termos que, hoje, se afiguram indiscutíveis.

Apesar da firme resistência da jurisprudência, a moderna doutrina admite que, no contencioso administrativo geral, e para além da suspensão da eficácia de actos administrativos, os interessados podem pedir aos tribunais administrativos a adopção de outras providências cautelares, capazes de assegurar a tutela provisória da utilidade que pretendem vir a obter com a procedência do processo principal. Esta exigência é válida, naturalmente, para o contencioso das acções. Mas também deve valer para o próprio recurso de anulação, na medida em que — mesmo no momento presente em que (ainda) não é possível, desde logo, a cumulação de pedidos — o recurso, funcionando como via de acesso ao processo de execução das sentenças, não deve ser dissociado desse seu complemento e por isso constitui um mecanismo de tutela de pretensões que vão para além da simples anulação de actos administrativos.

As disposições do contencioso administrativo já hoje permitem a adopção, neste domínio, de outras providências cautelares, quando estabelecem a aplicabilidade, a título subsidiário, da lei processual civil, com as devidas adaptações. À luz do *princípio da plenitude da garantia jurisdicional*, segundo o qual a todo o direito (ou interesse protegido) deve corresponder a adequada via de tutela jurisdicional, das referidas disposições decorre que sempre que os meios regulados pelo contencioso administrativo não forem aptos a proporcionar a plena garantia jurisdicional dos particulares face à Administração Pública, os tribunais administrativos devem utilizar as formas processuais necessárias para assegurarem a efectivação daquela garantia. E com isto se parece bastar o mais recente projecto de reforma do processo administrativo.

Na presente fase de evolução do sistema, parece, no entanto, que a reforma do processo administrativo não ficará completa se não for mais longe, formalizando expressamente o poder dos tribunais administrativos de adop-

tarem «providências cautelares não especificadas», e porventura consagrando novas providências cautelares típicas, devidamente configuradas em função das características específicas das relações jurídico-administrativas, que em tanto diferem das relações que se defrontam no processo civil. Parece ser esta, de resto, a única maneira de se ultrapassar a rigidez de uma jurisprudência ainda demasiado marcada pelo entendimento tradicional do contencioso administrativo como um *contencioso limitado*\*.

*7. Perspectivas de aperfeiçoamento da tutela cautelar no moderno contencioso administrativo.* A prospecção dos contornos que pode assumir uma tutela cautelar mais alargada passa, com vantagem, pela apreciação da experiência acumulada nos países que trilham há mais tempo este tipo de caminhos. Nesta perspectiva, perfilam-se dois domínios fundamentais pelos quais passa o alargamento da tutela cautelar.

a) O primeiro desses domínios corresponde a situações em que o particular pretende manter ou conservar um direito em perigo, evitando que ele seja prejudicado por medidas que a Administração venha a tomar. Neste tipo de situações, em que o particular pretende que a Administração se abstenha de tomar certas medidas, a tutela cautelar concretiza-se na imposição provisória de uma ordem no sentido de a Administração não realizar certa actividade ou porventura de cessar imediatamente essa actividade. Pressupõe-se que não tenha sido emitido um acto administrativo, tratar-se-á de situações geradas pela prática de operações administrativas de conteúdo material que não surjam em directa execução de um acto administrativo, pois se fosse esse o caso, a hipótese estaria já coberta pelo âmbito normal do mecanismo da suspensão da eficácia. Ou então, a medida complementa a suspensão da eficácia — por exemplo, não promoção de um funcionário enquanto está pendente a definição da situação do seu concorrente directo.

b) O segundo dos domínios de aprofundamento da tutela cautelar envolve as situações em que o particular pretende obter uma prestação

---

\* Sobre este conceito, na acepção utilizada no texto, e suas implicações, que ultrapassam largamente o objecto da presente exposição, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Administrativo e Fiscal*, Lições ao 3.º Ano do Curso de 1996/1997, policop., Coimbra, 1996, pp. 92 ss.

administrativa, a adopção de medidas por parte da Administração, que pode envolver ou não a prática de um acto administrativo. Neste tipo de situações, em que o particular aspira à obtenção de um efeito favorável, a tutela cautelar concretiza-se na imposição provisória de uma ordem dirigida à Administração no sentido de esta adoptar as medidas necessárias para minimizar as consequências do *periculum in mora*.

Como é sabido, o tribunal, em princípio, não pode dar, mediante a adopção de uma providência cautelar, aquilo que só à sentença final compete proporcionar, se concluir pela procedência do processo principal. Assim, se o particular pretende a obtenção de uma licença de construção ou a possibilidade de repetir um exame, o tribunal não pode impor, como medida cautelar, que a licença seja passada ou que o exame seja repetido. Em princípio, o tribunal poderá impor à Administração a adopção de medidas que minimizem as consequências da omissão da prestação pretendida no processo principal.

c) Não se pode, no entanto, deixar de ter em consideração o risco de o *periculum in mora* gerar prejuízos irreparáveis de especial gravidade, capazes de comprometer, de todo em todo, o efeito útil do processo principal. Torna-se, assim, necessário e quase inevitável que, com frequência, de algum modo se antecipe o resultado favorável pretendido no processo principal — v. g., mediante a permissão provisória da utilização de um bem ou da inscrição provisória numa Universidade, a admissão provisória num concurso, a atribuição provisória de uma bolsa ou a permissão provisória da prática de determinado horário de comércio. Sem prejuízo de se vir a pôr termo à situação no caso de improcedência do processo principal, com as devidas consequências — cumprimento das eventuais obrigações de repriminar e restituir, bem como de indemnizar terceiros porventura lesados em consequência da medida provisória.

d) Em todas as hipóteses referidas, a medida cautelar não envolve resolução definitiva da questão, em termos de tornar a situação irreversível no caso de eventual improcedência do processo principal. Mais delicada se apresenta a questão em situações diferentes, em que já se equacione a antecipação de um acto capaz de assegurar a satisfação definitiva do interesse material do particular — bem jurídico que, em princípio, só à sentença final caberia proporcionar —, em situações em que a omissão desse acto durante a pendência do processo consumaria a lesão irreversível da pretensão do interessado.

Na verdade, e como vimos na altura própria, o problema também se pode colocar, em termos relativamente paralelos, no próprio âmbito de funcionamento do instituto da suspensão da eficácia de actos administrativos. E, no que toca ao enquadramento formal, parece de manter, no essencial, o que ficou dito a propósito dos casos que paralelamente se colocam naquela sede. O problema da delimitação, em concreto, da fronteira que separa o domínio da tutela cautelar daquele que já pertence à tutela final coloca, porém, maiores dificuldades neste domínio, dado que as medidas cautelares de conteúdo positivo, alterando a posição de partida do particular, têm um *alcance inovador* que a mera suspensão da eficácia de um acto administrativo não possui, limitando-se a conservar a posição que o particular detinha até ao momento em que o acto foi praticado.

Cumpra, antes de mais, assinalar que o tribunal se encontra, desde logo, limitado, neste contexto, pelo próprio objecto do processo principal, não podendo, pois, atribuir benefício superior àquele a que o particular aspira no próprio âmbito desse processo — aspecto tanto mais relevante quando esteja envolvido o exercício de poderes discricionários. Impõe-se, depois, um rigor acrescido na ponderação dos interesses envolvidos na atribuição da providência cautelar e portanto do risco de prejuízos irreparáveis que os possam afectar, do *fumus boni iuris* e da proporcionalidade da medida cautelar requerida, em função dos efeitos previsíveis na situação concreta.

Em todo o caso, parece de admitir que, na dúvida, a antecipação potencialmente definitiva da vantagem não deve ser concedida. Quando se puder concluir que, em certas matérias mais sensíveis, o direito à tutela judicial efectiva exige uma antecipação desse tipo, o caminho deverá passar pela eventual criação de condições para uma rápida e eficaz *tutela final*, mediante a instituição de processos especiais (sumários) de resolução final dos conflitos. O que se poderá justificar nos domínios em que os problemas se coloquem com maior frequência ou em que as consequências, designadamente no que toca ao exercício de direitos fundamentais, tendam a ser mais gravosas.

É o que, mesmo no próprio âmbito de funcionamento do instituto da suspensão da eficácia de actos administrativos, sugerem exemplos pontuais que se encontram sobretudo em alguma jurisprudência espanhola e italiana. Tomemos apenas o exemplo de uma autorização para a construção de um empreendimento que contende com relevantes interesses públicos e que é revogado pelo facto de o projecto carecer de ajustamentos

que o adequem a certas exigências normativas em matéria ambiental ou de segurança.

Interposto recurso e requerida a suspensão da eficácia do acto de revogação, o tribunal admite que a eventual suspensão tem implicações que podem lesar o interesse público e cujos contornos, de resto, o transcendem, por envolverem a formulação de juízos de conteúdo discricionário. Porém, em vez de recusar a suspensão, o tribunal opta por concedê-la, permitindo, desse modo, que a construção prossiga. Mas, simultaneamente, intima a Administração a especificar, dentro do (curto) prazo considerado razoável, as adaptações que, no seu entender, o interesse público impõe que, no caso concreto, se introduzam ao projecto, para que a continuação da obra se possa processar em obediência a essas determinações e, portanto, sem prejuízo para o interesse público.

Através desta intimação, o que o tribunal pretende, afinal, é a célere definição do modo como o interesse público se deve articular e equilibrar com o interesse privado no caso concreto. Consciente da necessidade (e da possibilidade) da rápida definição jurídica do caso, o que, na prática, o tribunal faz é utilizar o processo cautelar de suspensão da eficácia para atribuir uma utilidade diferente, que já não pertence, sequer, ao domínio da tutela cautelar. O processo cautelar é, assim, convertido *num processo urgente de fundo, claramente dirigido a proporcionar uma tutela final* — um processo, aliás, de objecto amplo, que se debruça directamente sobre a relação jurídico-administrativa, e com carácter de urgência, dada a celeridade com que se propõe alcançar a justa composição dos interesses, públicos e privados, envolvidos.

Exemplos como este sugerem, a nosso ver, que o direito à tutela judicial efectiva em matéria jurídico-administrativa não deve passar apenas pelo natural alargamento da tutela cautelar, mediante a instituição de providências cautelares diversificadas, mas também pela instituição de mecanismos de resolução célere e flexível dos conflitos — pelo menos, de processos urgentes para os domínios mais sensíveis ao decurso do tempo, nos quais estejam em jogo valores de maior magnitude e que, no entanto, nem sempre colocarão questões jurídicas de grande complexidade. Processos porventura a cargo de jurisdições especializadas (quicá, em primeira linha, de instâncias quase-jurisdicionais ou arbitrais, se ou quando necessário) e de objecto alargado, onde se possam debater os interesses envolvidos e alcançar com a indispensável celeridade a sua justa composição, através da adopção de soluções diferenciadas em função das circunstâncias de cada caso.

É provável que a tutela efectiva dos direitos e interesses dos particulares no âmbito das relações jurídico-administrativas deva cada vez mais passar por aqui, num contexto no qual são evidentes e cada vez mais insuportáveis os custos impostos pela morosidade do funcionamento da justiça.

## BIBLIOGRAFIA SUMÁRIA

### — Doutrina portuguesa:

FREITAS DO AMARAL, DIOGO — *Direito administrativo*, vol. IV, Lisboa, 1988, pp. 301-326.

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS — «Os meios cautelares em Direito processual administrativo», *Direito e Justiça*, vol. IX, tomo I, 1995, pp. 33-46.

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS — «Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo», *Direito e Justiça*, vol. X, tomo I, 1996, pp. 195-212.

MAÇAS, MARIA FERNANDA — «A relevância constitucional da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos» in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 325 ss.

MAÇAS, MARIA FERNANDA — *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, 1996.

MACHETE, PEDRO — «A suspensão jurisdicional da eficácia de actos administrativos» in *O Direito*, Ano 123.º (1991), II-III, pp. 231-318.

MONTEIRO, CLÁUDIO — *Suspensão da eficácia de actos administrativos de conteúdo negativo*, Lisboa, 1990.

SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL — *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 1982, pp. 517-535.

VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS — *Direito Administrativo e Fiscal*, Lições ao 3.º Ano do Curso de 1996/1997, policop., Coimbra, pp. 133-144.

### — Doutrina espanhola:

CHINCHILLA MARIN, CARMEN — *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991.

CHINCHILLA MARIN, CARMEN — «De nuevo sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo» in *La Justicia administrativa en el derecho comparado* (coord. JAVIER BARNES VAZQUEZ), Madrid, 1993, pp. 447-467.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO — *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO/FERNANDEZ, TOMÁS-RAMÓN — *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 4.ª edição, Madrid, 1993.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO J. — *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, pp. 279-300.

## — Outra doutrina:

CAIANIELLO, VINCENZO — *Manuale di Diritto processuale amministrativo*, Turim, 1988.

CHAPUS, RENÉ — *Droit du contentieux administratif*, Paris, 1991.

FROMONT, MICHEL — «La protection provisoire des particuliers contre les décisions administratives dans les États membres des Communautés Européennes», *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1984, n.º 1, pp. 309-327.

GAUDEMET, YVES — «Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif», *Revue française de Droit administratif*, 1988, n.º 3, pp. 420-431.

SAPORITO, GUGLIELMO — *La sospensione dell' esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Nápoles, 1981.

SCHÖCH, FRIEDRICH — «Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes», *Verwaltungsarchiv*, vol. 82 (1991), pp. 145-158.

ULE, CARL HERMANN — *Verwaltungsprozeßrecht*, 9.ª edição, Munique, 1987.

