

# **O PRINCÍPIO DA TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA E AS TENDÊNCIAS CAUTELARES NÃO ESPECIFICADAS NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

*João Tiago V. A. da Silveira<sup>1</sup>*

## **A) INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende analisar a admissibilidade da existência de providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo português.

Como é sabido, e ao invés do que sucede no processo civil, as leis de contencioso administrativo apenas reconhecem expressamente a existência de algumas medidas de tipo cautelar. Ora, poderá chegar-se á conclusão de que essas providências não são suficientes para assegurar o direito constitucionalmente consagrado de acesso aos tribunais e da efectividade da tutela jurisdicional. O objecto do estudo reside nesta questão. Procurar-se-á, procurando, verificar se a Constituição se conforma com a existência das providências cautelares actualmente previstas no contencioso administrativo, e, caso não sejam suficientes, se a Lei Fundamental exige a existência de medidas do conteúdo não previamente delimitado (providências cautelares não especificadas).

## **B) O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA**

A Constituição portuguesa consagra, em termos amplos, o direito de acesso aos tribunais no art. 20.º

Quanto ao contencioso administrativo em particular, existem duas disposições destinadas a garantir a tutela jurisdicional. Assim, o n.º 4 do art. 268.º garante a existência de meios processuais para reconhecimento de direitos ou interesses,

impugnação de actos administrativos, determinação da prática de actos devidos e a existência das medidas cautelares adequadas. O n.º 5 do mesmo artigo determina que «Os cidadãos têm ... direito de impugnar ... normas administrativas ...».

Tanto o art. 20.º como o n.º 4 do art. 268.º garantem a possibilidade de o cidadão apelar para uma decisão jurisdicional acerca de uma questão que o oponha à Administração. Não é, no entanto, suficiente que a lei assegure essa possibilidade, há que garantir os meios necessários para que a garantia em cause seja efectiva. De facto, de nada vale que a lei preveja a possibilidade de recurso contencioso de um acto administrativo se, por exemplo, os pressupostos de recorribilidade dos mesmos forem de tal forma apertados que inibam a possibilidade de recurso na grande maioria das situações em que o particular se tenha por lesado pela Administração. A necessidade de criar as condições necessárias para que o cidadão possa obter uma decisão jurisdicional resulta do Princípio da Tutela Judicial Efectiva, que se deve considerar consagrado nas disposições mencionadas <sup>2</sup>.

O n.º 4 do art. 268.º reflecte , quanto ao contencioso administrativo , uma das garantias que resultaria já do princípio mencionado, pois a enumeração dos meios contenciosos é clara enunciativa («... incluindo , nomeadamente...»). Assim, existirá sempre um meio contencioso apto a satisfazer as pretensões do administrado, ou seja, nunca este poderá ver o seu direito não satisfeito com base na existência de meio processual adequado para o fazer valer <sup>3</sup>.

Consequentemente, o tribunal administrativo não poderá declarar-se incompetente em dada matéria quando, por exemplo, não exista acto administrativo de que se possa recorrer ou a acção para reconhecimento de direito ou interesse legítimo não possa

---

<sup>1</sup> Assistente –estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa.

<sup>2</sup> Veja-se, por exemplo, Canotilho, J. J. Gomes/Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, págs. 163-164 (nota V), e Correia, José Servulo, O prazo de alegação no recurso fundado em oposição de acórdãos no Supremo Tribunal Administrativo, separata da *ROA*, ano 50, II, Lisboa, 1990. págs. 391-392. Aliás, após a revisão constitucional de 1997 tal facto é absolutamente evidente, dada a sua consagração expressa no n.º 4 do art. 268.º

<sup>3</sup> Canotilho, J. J. Gomes/Moreira, Vital, *Constituição...*, págs. 941-942 (nota XVII).

ser utilizada. Haverá que criar uma «acção atípica» de modo a que a tutela do seu direito possa ser efectivamente assegurada <sup>4</sup>.

Em suma, dir-se-á que a nossa Constituição acolhe o Princípio da Tutela Judicial Efectiva nos seus arts. 20.º e 268.º-4, dado que as garantias aí consagradas nada significam se não forem criadas as condições para que possam operar. E, além disso, houve o cuidado de realçar, no art. 268.º uma das consequências deste princípio no contencioso administrativo.

## C) AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES NÃO ESPECIFICADAS NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### 1. As medidas cautelares expressamente consagradas

A lei de Processo nos Tribunais Administrativos (Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, alterado pela Lei n.º 12/86, de 21 de Maio) apenas consagra algumas medidas cautelares específicas. Vejamo-las resumidamente:

- A suspensão da eficácia do acto administrativo (arts. 76.º e seg.), que consiste na possibilidade de «paralisar» os efeitos de um acto administrativo de modo a que a execução do mesmo não inviabilize a satisfação do direito alegado.

- A intimação para consulta de documentos ou passagem de certidões ( arts. 82.º e seg.), que foi inicialmente concebida como um meio de assegurar quer o particular teria todos os documentos necessários à preparação do recurso que pretendesse interpor. Actualmente este meio processual já não deverá ser considerado como meramente acessório, uma vez que o mesmo poderá ser utilizado sempre que o

---

<sup>4</sup> Aliás, enquanto o legislador ordinário não regular, os termos em que podem ser utilizados os novos meios processuais constitucionalmente exigidos desde a revisão constitucional de 1997 isso é particularmente visível. Se já anteriormente o particular poderia utilizar um meio não expressamente previsto na lei, mas constitucionalmente exigível dado o Princípio da Tutela Efectiva, agora se para tal bastar um dos novos meios constitucionalmente enumerados (acção para prática de actos devidos, acção para reconhecimento ou medidas cautelares não previstas), mas ainda não desenvolvidos pela lei, essa possibilidade é ainda mais evidente.

particular pretenda ver satisfeito o seu direito á informação, mesmo que tal não vise um posterior recurso <sup>5</sup>.

Mas mesmo antes dessa evolução, talvez o meio não devesse ser qualificado com providência cautelar, dado que o seu objectivo não seria o de preservar o efeito útil do recurso, ou sê-lo-ia apenas mediatamente, mas antes dotar o recorrente dos elementos necessários à sua propositura.

- A intimação para um comportamento (arts. 86.º e seg.). Permite-se que o tribunal emita ordens a particulares ou concessionários, de modo a que estes deixem de violar normas de direito administrativo <sup>6</sup>.

- Também este meio tem evoluído no sentido de, em diversas áreas, pode ser utilizado contra a Administração e se autonomizar como principal. Veja-se, por

---

<sup>5</sup> Se assim não fosse algumas situações não estariam tuteladas quando o deveriam ser. Efectivamente, pense-se no caso do particular que, não pretendendo contestar a tomada de posição da Administração, deseja apenas informar-se, através da consulta do processo, do tratamento que mesma deu às suas pretensões. Figure-se ainda a situação de alguém que, embora ainda não se tendo decidido quanto á hipotética reacção face à posição da Administração, pretende consultar o processo com o objectivo de avaliar as hipóteses de êxito de tal acção.

Qualquer um dos exemplos mencionados mereceria, em nome do direito de natureza análoga constitucionalmente consagrado que é o direito do particular a ser informado sobre o andamento do processo (art. 268.º-1 da CRP), ser tratado de forma equivalente aos mencionados no art. 82.º da LPTA. O direito de ser informado não assiste apenas àqueles que, antes de conhecer o processo em todas as suas particularidades, já se decidiram a tomar uma atitude reactiva.

Desta forma, este meio não nos parece ser um «auxiliar» ou «acessório» de outro meio que se pretenda utilizar. Pelo contrário, ele deve sofrer uma interpretação conforme à constituição, de modo a que também os particulares nas situações exemplificadas dele possam fazer uso. Se a Constituição garante o direito á informação para todos, e não apenas quanto aos que pretendam fazer uso de meios contenciosos ou gratuitos, não se vislumbra o porquê da letra do art. 82.º da LPTA (art. 268.º-1 e 2 da Constituição).

Parece, portanto, que o meio pode ser utilizado, mesmo quando não se pretenda recorrer administrativa ou contenciosamente. Ele deixou de ser um meio processual acessório.

Esta visão quanto ao âmbito de aplicação do art. 82.º da LPTA já tem sido aceite pelo STA, nos seus Acs. STA-1, de 20-4-1994 (recurso n.º 37.229); STA-1 de 27-7-1994 (AD n.º 397, ano XXXIV, págs. 25-32); STA -1 de 15-12-1994 (recurso n.º 36 409); STA-1 de 10-1-95 (recurso n.º 36.095). Afirma-se aí que o particular poderá utilizar o meio em questão sem referir os seus próprios propósitos. Ou seja, não precisará, para consultar o processo, de invocar a sua intenção em reagir contenciosa ou gratuitamente. Tal deve-se, no entender do STA, ao facto de o Código de Procedimento Administrativo prever, no seu art. 64.º-1, que qualquer particular que demonstre possuir um interesse legítimo poderá consultar o processo. Consequentemente, não apenas aqueles que pretendem recorrer, mas também aqueles que, não o pretendendo, detenham um interesse legítimo na questão poderão fazer uso desta via contenciosa. Em contrário vejam-se os Acs. STA-1 de 20-4-1995 (recurso n.º 37.031; STA-1 de 1-06-1995 (recurso n.º 37.474).

Por último, parece-nos que numa grande maioria dos casos nem sequer seria necessário demonstrar a existência de um interesse legítimo. De facto, a Lei de Acesso aos documentos administrativos (Lei n.º 65/93, de 26-8, alterada pela Lei n.º 8/95, de 29-3) permite a consulta dos mesmos sem qu tal seja necessário, determinando que se amesma não for facultada poderá o particular utilizar a intimação para consulta de documentos (art. 7.º-1 e 2 e 17.º).

<sup>6</sup> Sobre o assunto veja-se Pinto, Ricardo Leite, *Intimação para um comportamento*, Cosmos, Lisboa, 1995.

exemplo, a sua utilização no direito do urbanismo quanto à obtenção dos alvarás de licenças para obras particulares ou loteamentos urbanos (art. 62.º do DL n.º 250/94, de 15-10, e art. 68.º do DL n.º 334/95, de 28-12).

- A produção antecipada de prova ( arts. 92.º e seg.), que visa assegurar uma produção de prova atempada, antes que esta se venha a tornar impossível. É, pois, uma típica providência cautelar tendente a assegurar o efeito útil da pretensão.

## 2. Providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo em geral

Será que o juiz do tribunal administrativo pode, além das medidas cautelares descritas na LPTA, ordenar outras?

Existirá, em particular, a possibilidade de este juiz ordenar a providência adequada à circunstância em causa, não existindo medida expressamente vocacionada para o assunto? Por outras palavras poderá o juiz administrativo ter uma «liberdade de criação» quanto ao conteúdo da providência, tal como o tem o juiz cível [art. 399.º do Código de Processo Civil (CPC)]? <sup>7</sup>.

Vejamos, sumariamente, as soluções do direito comparado.

### a) A Situação na Alemanha

O ordenamento jurídico alemão consagra expressamente a «*einstweilige Anordnung*». Tal medida consiste na possibilidade de o juiz, face a um pedido do particular, tomar uma medida provisória adequada à protecção da sua posição, reconhecendo-se unanimemente que tal poder decorre da garantia constitucional de

---

<sup>7</sup> O preceito do CPC que se cita refere-se ao diploma actualmente em vigor. Como é sabido, já foi publicado no *DR*. I – A, de 12-12-95 um Decreto-Lei n.º 329-A/95 que revê o Código de Processo Civil. Contudo, a entrada em vigor deste diploma, que deveria ocorrer em 1-3-96 (art. 16.º-1), foi suspensa pela Lei n.º 6/96, de 29-2. Posteriormente, a Assembleia da República aprovou uma Lei de Autorização legislativa (Lei n.º 28/96, de 2-8), que permitiu o Governo alterar vários aspectos do diploma acima mencionado, através do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25-9. A Lei mencionada fixou a entrada em vigor do código em 1-1-97, uma vez que alterou o n.º 1 do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12-12, nesse sentido (art. 5.º da Lei n.º 26/96, de 2-8). O Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12-12, alterado pelo Decreto-Lei n.º 180/96, de 25-9, mantém, no art. 381.º, a existência de medidas do tipo das permitidas pelo actual art. 399.º.

tutela jurisdicional contra actos de poder <sup>8</sup>. O art. 123.º da «Verwaltungsgerichtsordnung» determina que:

»1 – O tribunal pode, desde que assim requerido, emanar, mesmo antes da petição inicial, uma ordem provisória relativa ao objecto do litígio, desde que ocorra o perigo de através duma alteração das circunstâncias existentes, se operar a frustração ou essencial dificuldade de um direito do requerente. Também são possíveis ordens provisórias em relação a situações já existentes, relativamente a uma relação jurídica litigiosa, desde que tal regulação se apresente como necessária, designadamente a respeito de relações jurídicas de natureza duradoura, para afastar prejuízos graves ou uma agressão iminente, ou por quaisquer outras razões.»

O pedido do particular pode variar, bem como a medida concedida. Assim, a «einstweilige Anordnung» consiste numa ordem á Administração, de modo a que se evite um prejuízo, se obtenha uma vantagem, etc.

Assinale-se que esta medida só deverá ser aplicada caso a suspensão da eficácia não seja suficiente, por si só, para tutelar a situação <sup>9</sup>. De qualquer forma, admite-se a aplicação cumulativa das duas medidas cautelares <sup>10</sup>.

Por outro lado, e apesar desta providência poder ser requerida em sede de recurso de anulação será face a omissões da Administração, aplicando-se, portanto, no âmbito das acções declarativas e de condenação <sup>11</sup>.

Consequentemente, o contencioso administrativo alemão possibilita a obtenção de uma vantagem provisória, cujo conteúdo não se encontra pré-determinado, com o objectivo de manter um estado de coisas que poderia ser posto em causa, ou para preservar o efeito útil da acção. Assim, os tribunais administrativos alemães podem,

---

<sup>8</sup> Veja-se a nota 30.

<sup>9</sup> Glaeser, Schmitt, *Verwaltungsprozessrecht*, 13.ª ed. Boorberg, 1994, pág. 151; Ibañez, Santiago J. Gonzalez-Varas, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, pág. 285.

<sup>10</sup> Ibañez, Santiago, *La jurisdicción...*, págs. 285-286.

<sup>11</sup> Glaeser, Schmitt, *Verwaltungsprozessrecht...*, pág. 152; Ibañez, Santiago, *La jurisdicción ...*, pág. 282.

ao abrigo da permissão do artigo mencionado, dirigir verdadeiras ordens à Administração.

b) A Solução Francesa

Em França existiram, aparentemente, boas condições para a existência de medidas provisórias não tipificadas, tal como na Alemanha. Também aqui se prevê, no art. 102.2 do Código dos Tribunais Administrativos, uma medida cautelar semelhante – o «référé»<sup>12</sup>.

Diz o mencionado preceito:

«Em caso de urgência, o Presidente do Tribunal Administrativo...pode..., perante um simples requerimento e desde que não exista uma decisão administrativa prévia, ordenar qualquer medida útil sem prejudicar o julgamento do mérito ou a execução de decisões administrativas.»

Portanto, parece que, tal como no contencioso alemão, o juiz administrativo francês poderia ordenar qualquer medida cautelar provisória que satisfizesse os requisitos enumerados no artigo citado. Assim, aquele não estaria limitado às providências tipificadas na lei, podendo exercer uma actividade criadora na escolha da que melhor se adaptasse à situação.

Esta norma levar-nos-ia a concluir que a tutela cautelar dos direitos dos particulares poderia estar convenientemente assegurada em França. Na verdade, pareceria bastar a existência de uma «cláusula aberta» deste tipo para ser possível satisfazer e tutelar qualquer pretensão.

Não, é porém, o que tem sucedido. Por um lado, o juiz administrativo francês continua a recusar-se, mesmo face à possibilidade expressa aberta pela norma em causa, a dar ordens à Administração, em homenagem ao Princípio da Separação dos

---

<sup>12</sup> Veja-se Chapus, Réne, *Doit du contentieux administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., Montchrestien, Paris, 1990, págs. 759-766; Debbasch, Charles/Ricci, Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, 1990, págs. 486-492; Gabolde, *Traité Pratique de la procédure des Tribunaux Administratifs*, Dalloz, Paris, 1974, pág. 319.

Poderes. Por outro, tem interpretado em termos muito restritivos a existência de uma situação de urgência, e a ausência de prejuízo para a discussão do fundo da questão que deva resultar da concessão da providência <sup>13</sup>.

Face à escassa utilização da figura do «référé» para tutelar a posição dos administrados, tem sido a própria Administração a beneficiar da sua existência. Assim, aquela tem utilizado frequentemente a possibilidade que o «référé» lhe dá, para executar provisoriamente determinados actos administrativos, sem ter de aguardar pela decisão final do tribunal. Tal utilização do «référé» pela Administração tem sido facilitada pelos tribunais. Estes têm interpretado de forma mais flexível para aquela os requisitos que interpretam restritivamente para os particulares <sup>14</sup>.

Apesar disso, foi aditado ao mencionado art. 102.º um novo parágrafo, no qual se prevê a possibilidade de o credor particular exigir provisoriamente da Administração uma parte da prestação que ele pretende ser-lhe devida, podendo o tribunal condicionar a entrega da quantia à prestação de uma caução. Criou-se, assim, um tipo específico de «référé» que tem sido utilizado pelos particulares, desta feita com proveito <sup>15</sup>.

### c) A Solução italiana

Vejamos agora as particularidades da situação italiana.

Como afirma CARMEN CHINCILLA MARIN, na Itália sucede o inverso do que se verifica em França. Ali, como verificámos, o juiz administrativo não tem aproveitado convenientemente as potencialidades que os textos normativos lhe dão. Em Itália, como veremos, encontramos uma total ausência de normas atribuindo um

---

<sup>13</sup> Marin, Carmen, Chincilla, *La tutela cautelar en la nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 94.

<sup>14</sup> Marin, Carmen Chincilla, *La tutela...*, pág. 94-95.

<sup>15</sup> Para uma análise dos vários tipos de «référé» no contencioso francês veja-se Maria Fernanda dos Santos Maças, *A Suspensão Judicial das actos Administrativos e a Garantia Constitucional da Tutela Judicial Efectiva*, Coimbra, 1996, págs. 99-101.

semelhante poder ao juiz. Tem sido a jurisprudência a desempenhar um esforço nesta matéria, importando soluções do processo civil <sup>16</sup>.

Assim, poderia parecer que, à luz das normas existentes, seria impossível requerer uma prestação de *facere*, a título cautelar <sup>17</sup>.

Face à inexistência de provisões expressas suficientes quanto a medidas cautelares, o juiz italiano deu um passo de gigante ao defender a aplicação das providências inominadas do processo civil neste âmbito <sup>18</sup>. O art. 21.º da Lei dos Tribunais Administrativos Regionais apenas admitia a suspensão da eficácia como medida cautelar quando a questões de funcionalismo público. Ora, a dada altura, o Tribunal Constitucional italiano teve entre mãos três casos, nos quais se alegava a inconstitucionalidade do preceito referido, e a necessidade de adopção das medidas cautelares inominadas do art. 700.º do Código de Processo Civil (que contém uma cláusula aberta semelhante ao art. 399.º do nosso CPC).

Ao abrigo da aplicação desse art. 700.º por imposição constitucional, várias entidades haviam requerido medidas provisórias nos tribunais competentes. Assim:

- 163 professores da Universidade de Génova pretendiam o pagamento provisório do abono de família e de uma indemnização especial;
- 34 funcionários do Município de S. Pietro Vernotico requereram, nos mesmos termos, o pagamento de um subsídio de risco; e
- 4 puericultores requereram, ao abrigo do referido art. 700.º, que fosse anulada, desaplicada, ou suspensa a eficácia de uma ordem do director do hospital onde exerciam as suas funções, nos termos da qual alguns vigilantes de infância deveriam exercer as suas funções na secção de recém-nascidos.

Face a estas situações, o Tribunal Constitucional entendeu, em Acórdão de 28-Jun-1985, que o art. 21.º em questão era inconstitucional, por violar os arts. 3.º e

---

<sup>16</sup> Marin, Carmen Chincilla, *La Tutela ...*, págs.99-101.

<sup>17</sup> Verbari, Giovanni Battista, *Principi di Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 201.

<sup>18</sup> Além disso, também já se permitiu a suspensão da eficácia de actos de exclusão e concursos e da recusa a dispensa do serviço militar. Veja-se Marin, Carmen Chincilla, *La tutela...*, pág. 124; Verbari, Giovanni Battista, *Principi...*, pág. 201.

113.º da Constituição Italiana. Assim, a norma em causa brigava com o art. 113.º, na medida em que este prevê a tutela efectiva dos direitos dos administrativos, pois não seria possível assegurar convenientemente essa tutela limitando as medidas cautelares à suspensão da eficácia. Por outro lado, violava o Princípio da Igualdade, previsto no art. 3.º da Constituição, na medida em que se estaria perante uma desigualdade inadmissível caso o trabalhador por conta de um privado tivesse ao seu dispor a gama de medidas cautelares inominadas do art. 700.º, ao passo que o trabalhador do Estado apenas pudesse beneficiar da suspensão da eficácia <sup>19</sup>.

Após esta decisão quanto ao regime da função pública, a doutrina tem defendido a aplicação do princípio que norteou a decisão às restantes matérias <sup>20</sup>.

Por aqui se vê a importância da jurisprudência italiana sobre o assunto, a qual, sem qualquer lei sustentando directamente as opções tomadas, tem seguido a via da garantia da tutela dos particulares.

#### d) A Situação na Espanha

A situação espanhola tem grandes semelhanças de base com a italiana. De facto, o ordenamento contencioso administrativo espanhol, apenas consagra expressamente uma medida cautelar – a suspensão da eficácia do acto administrativo. Iremos, portanto, analisar a reacção da doutrina e jurisprudência espanholas face à inexistência de outros meios acessórios deste tipo.

A evolução da jurisprudência espanhola tem sido notável quanto à admissibilidade de providências não especificadas. Desde 1990 se previa a abertura do contencioso administrativo neste sentido, dado que o Tribunal Supremo, em Acórdão de 20 de Dezembro, admitiu que o art. 24.º da Constituição espanhola, que garante o acesso à justiça em termos semelhantes aos do art. 20.º da nossa CRP, implicava o dever de

---

<sup>19</sup> Não nos parece que no terceiro caso apresentado fosse necessária uma providência cautelar diferente da suspensão da eficácia da ordem do director do hospital. Com efeito, tal bastaria para que a posição dos puericultores ficasse suficientemente salvaguardada até à decisão final.

<sup>20</sup> Marin, Carmen Chincilla, *La tutela...*, pág. 131; Verbari, Giovanni Battista, *Principi...*, pág. 202.

conceder a medida cautelar necessária para assegurar a plena efectividade do direito em causa <sup>21</sup>.

Tal acórdão apenas constituiu um ponto de partida para o reconhecimento das medidas em causa. Na verdade, duas outras decisões jurisdicionais vieram confirmar a extensão do rol de medidas para lá da suspensão da eficácia.

Em 21 de Março de 1991 foi proferido um acórdão histórico na matéria pelo Tribunal Superior de Justiça do País Basco. Ao recorrente havia sido negada a inscrição da sua actividade num registo de entidades de inspecção e controlo. De tal facto resultava a impossibilidade de este exercer a sua actividade em várias áreas.

Perante tal circunstancialismo, o tribunal em causa dirigiu uma ordem à Administração, a título de medida cautelar provisória, de forma a que esta explicasse os motivos de recusa de inscrição, indicando como se articula essa decisão com a necessária segurança de pessoas e bens constitucionalmente consagrada, e o carácter suprável ou insuprável dos vícios que fundamentam a negação do registo.

A fundamentação da decisão baseou-se na necessidade de assegurar a efectividade da tutela judicial constitucionalmente consagrada. De facto, a paralisação da actividade da empresa por não lhe haver sido concedido o registo poderia frustrar o efeito útil de uma decisão jurisdicional que lhe viesse a dar razão. Por outro lado, apenas uma medida cautelar de natureza positiva poderia, neste caso, assegurar eficazmente a pretensão do recorrente. Por estas razões, entendeu o tribunal que o Princípio da Tutela Judicial Efectiva exige a possibilidade de o juiz escolher a medida cautelar mais apropriada ao caso concreto, sem que possa estar limitado pelas providências tipificadas na lei <sup>22</sup>.

Um outro acórdão de 14 de Outubro de 1991 da secção de contencioso administrativo do Tribunal Superior de Justiça do País Basco veio confirmar a doutrina em causa <sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Enterría, Eduardo García, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 216.

<sup>22</sup> Enterría, Eduardo García, *La Batalla...*, págs. 222-224.

<sup>23</sup> Enterría, Eduardo García, *La Batalla...*, págs. 247 e segs.

Havia sido liminarmente indeferido um pedido de licença de instalação de um café com fundamento no incumprimento de uma norma que impunha uma distância mínima entre estabelecimentos deste tipo. Tal fundamento de recusa da licença era altamente criticável, uma vez que a Administração considerou, para efeitos de medição da distância, a fachada posterior do edifício onde ficaria localizada a cafetaria, a qual, manifestamente, não poderia ser o local de entrada do estabelecimento. Perante tal indeferimento, o particular recorreu do acto, requerendo a suspensão da eficácia do mesmo (suspensão da eficácia de acto de conteúdo negativo) e a concessão da licença a título cautelar.

O tribunal entendeu que não podia conceder a licença a título cautelar, pois isso seria atribuí-la passando por cima de todo um formalismo procedimental que importaria seguir e que ainda não havia ocorrido, dado o carácter liminar do indeferimento. No entanto, tendo em conta o elevado grau de probabilidade de a pretensão do particular vir a ser atendida, o tribunal emitiu uma ordem à Administração na qual determinou que o procedimento, como se o pedido não houvesse sido rejeitado, e que a distância entre os estabelecimentos em causa não deveria ser medida como o foi. Ou seja, não seria possível ter em conta a fachada posterior de um dos locais, a qual, com toda a certeza, não iria ser a entrada da cafetaria em causa.

Mais uma vez se justificou a possibilidade de conceder uma medida cautelar não prevista e de cariz «positivo» com a necessidade de assegurar a tutela efectiva dos direitos, dado que o art. 24.º da Constituição exige a concessão de todas as providências necessárias para assegurar a respectiva satisfação. Além disso, e apesar de as normas de contencioso administrativo não preverem outras providências além da suspensão da eficácia do acto, seria possível aplicar subsidiariamente a lei de processo civil, onde se encontra consagrada uma cláusula aberta que permite ao juiz a concessão de qualquer medida adequada<sup>24</sup>

Em suma, a jurisprudência e doutrina espanholas têm explorado intensamente o Princípio da Tutela Judicial Efectiva, defendendo a admissibilidade de medidas

---

<sup>24</sup> Enterría, Eduardo García, *La Batalla...*, págs. 250-254.

cautelares não expressamente previstas a partir do art. 24.º da Constituição, o qual garante o acesso à justiça em termos genéricos<sup>25</sup>

### 3. As providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo português

#### a) O contencioso administrativo geral

Aparentemente, o nosso contencioso administrativo apenas prevê, como meios cautelares, a «suspensão» da eficácia do acto administrativo», a «intimação para um comportamento» e, de certa forma, a «intimação para consulta de documentos e passagem de certidões», como vimos atrás. Depara-se-nos, em suma, uma situação semelhante às italiana e espanhola. Por outro lado, o nosso CPC prevê a possibilidade de o juiz ordenar medidas cautelares não especificadas (art. 399.º do CPC), e a CRP consagra, em termos inequívocos, a efectiva tutela jurisdicional dos direitos dos particulares, bem como, desde a revisão de 1997, a obrigação de existências das «medidas cautelares adequadas»<sup>26</sup>

Ora, parece-nos que também em Portugal se deve interpretar o Princípio da Tutela Efectiva dos direitos dos particulares e a obrigação de consagração legal das medidas cautelares adequadas, constante dos arts. 20.º e 268.º-4 da CRP, como exigindo medidas cautelares não especificadas<sup>27 28</sup>

Realmente, o princípio em causa exige que exista um meio processual adequado a cada pretensão do particular. Daí decorre que a inexistência de previsão expressa do meio necessário para garantir o direito do particular não poderá obstar à sua satisfação. Portanto, o particular poderá formular o pedido que entender, sem que o

---

<sup>25</sup> Marin, Carmen Chincilla, *La Tutela...*, págs. 174 e 178-180; Perez, Jesus Gonzalez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, págs. 1470-1471; Rodriguez-Arana, Jaime/Acosta, Manuel J. Sarmiento, *El Contencioso como garantía de los Derechos Fundamentales*, in *La Protección Jurídica del Ciudadano – Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, tomo II, III, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1513-1514. Veja-se ainda a nota 29.

<sup>26</sup> Canotilho, J. J./Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, Págs. 941-942.

<sup>27</sup> Andrade, José Carlos Vieira de, *Direito Administrativo e Fiscal*, Lições ao 3.º ano do curso de 1996/97 (actualizadas) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 154.

<sup>28</sup> Também parecem inclinar-se neste sentido Canotilho, J.J./Moreira, Vital, *Constituição...*, págs. 940-941.

tribunal se possa escudar na inexistência de meio processual adequado aos seus interesses<sup>29</sup>

É lógico que este princípio se estenda aos meios processuais acessórios da acção principal, pois estes são também meios processuais destinados a assegurar os direitos e interesses dos particulares. Realmente, a própria exigência de uma acção adequada à pretensão do particular poderá ser uma pretensão ilusória caso não exista uma forma de assegurar que essa acção tenha um efeito útil. Por outras palavras, de nada vale existir uma acção idónea para satisfazer a pretensão do particular se não forem criados meios de salvaguardar o objectivo pretendido com a sua propositura.

Assim, este princípio impõe a existência de outras medidas cautelares além da suspensão da eficácia do acto administrativo, pois esta medida não assegura totalmente o efeito útil da pretensão do particular. Nomeadamente, o princípio exige a previsão de providências cautelares não especificadas, uma vez que é impossível tipificar previamente todas as medidas que serão eventualmente necessárias para garantir o efeito útil da pretensão<sup>30</sup>. Aliás, é claramente na decorrência da consagração do princípio que o legislador constitucional esclareceu que a Constituição impõe a existência de todas as medidas cautelares que se venham a revelar necessárias. Só esse pode ser o sentido da exigência das «medidas cautelares adequadas».

---

<sup>29</sup> O art. 4.º de um anteprojecto de ETAF que não chegou a ser aprovado, pois a necessária Lei de autorização veio a ser considerada inconstitucionalmente (Ac. TC n.º 472/95, DR, I-A, de 6-9-95), precisava da seguinte forma o princípio do art. 268.º-5 CRP: «A todo o direito ou interesse legalmente protegido de um sujeito ou de qualquer relação jurídica administrativa ou fiscal corresponde uma forma adequada de garantia no âmbito do contencioso administrativo e fiscal». Também o actual anteprojecto de Código de Processo Administrativo Contencioso consagra uma norma equivalente, no seu art. 2.º «A todo o direito subjectivo público ou interesse legalmente protegido corresponde um meio processual destinado à sua tutela jurisdiccional efectiva».

<sup>30</sup> Este princípio está consagrado noutros ordenamentos jurídicos, e não costumam existir dúvidas em dele extrair a consequência acima apontada, como se verificou aquando da análise da admissibilidade de medidas não especificadas nos ordenamentos de diversos Estados. Assim, veja-se, quanto ao ordenamento alemão, Glaeser, Schmitt, *Verwaltungsprozessrecht...*, pág. 150; Ibañe, Santiago, *La jurisdicción...*, pág.281; Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., Verlag C. H. Beck, Munique, 1995, pág.400, ao considerarem que a «*einseitige Anordnung*» é uma exigência do art. 19.º-4 da Constituição. Na Espanha, Carmen Chincilla Marin, *La tutela...*, págs. 180-181, entende que as medidas cautelares inominadas são uma exigência constitucional. Também neste sentido Pérez, Jesús González, *Manual de derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1992, pág. 540, e *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, 1984, págs. 141-142, onde manifesta a sua apreensão face à insuficiente protecção a nível de medidas cautelares, uma vez que na ordem espanhola só se prevê a suspensão da eficácia. Segundo o autor, isso é demasiadamente restritivo, tendo em atenção a protecção jurisdiccional efectiva (art.24.º da Constituição espanhola). Do mesmo modo vejam-se Bernal, Francisco Chamorro, *La tutela Judicial Efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 283 e seg.; Enterria, Eduardo Garcia de, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 216 e 248.

Pense-se no caso do pensionista sem outras formas de rendimento», a quem é negada a pensão, ou que, subitamente, deixa de a receber. Num caso como este não é suficiente a suspensão da eficácia do acto administrativo. Na primeira situação, face a uma recusa expressa ou táctica da concessão da pensão, poderia conceber-se a possibilidade da suspensão da eficácia de um acto de conteúdo negativo. Isso, porém, parece não assegurar efectivamente a posição do particular. É que, perante tal decisão do tribunal, seria ainda necessário aguardar por que a Administração interpretasse correctamente o deferimento do pedido de suspensão, e praticasse os actos devidos.

Ora, tendo presente a demora que isso possa envolver, e um eventual pouco zelo em praticar actos contrários à vontade própria, não parece adequado este sistema da suspensão da eficácia de actos de conteúdo negativo <sup>31</sup>.

Numa hipótese do segundo tipo, em que a Administração deixa de pagar ao pensionista, sem nada comunicar, ou, pior ainda, pratica um acto no qual afirma o direito do particular à pensão, mas não efectua o pagamento, não seria possível reagir, uma vez que não existe sequer acto administrativo de que possa requerer a suspensão da eficácia.

Assim, diremos que o Princípio Constitucional em cause exige, para todo o contencioso administrativo, não só um rol de medidas além, da mera suspensão da eficácia do acto administrativo, mas ainda a previsão de providências cautelares não especificadas. Só assim poderá o juiz escolher a medida mais conveniente para o caso concreto <sup>32 33 34</sup>

---

<sup>31</sup> Além disso, os tribunais administrativos não reconhecem a admissibilidade da suspensão da eficácia de actos de conteúdo negativo, e o próprio Tribunal Constitucional entendeu não ser inconstitucional tal interpretação da lei ( Ac. TC n.º 303/94, DR, II Série, de 27-8-94).

<sup>32</sup> Poderia ser colocado um problema decorrente da Directiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21-Dez-1989. Pretende este instrumento comunitário regular os processos de recursos para fornecimento e obras públicas. Aí se diz, no seu art. 2.º-1-a), que:

«Os Estados-Membros providenciarão para que as medidas referidas no art. 1.º prevejam poderes que permitam:

a) Tomar com a maior solicitude... medidas provisórias tendentes a reparar a violação ou a impedir outros danos causados aos interesses envolvidos, incluindo as medidas tendentes a suspender o processo de adjudicação pública duma empreitada ou a execução de qualquer decisão tomada pela entidade adjudicante».

Impõe-se assim que os Estados-membros adoptem, nas matérias em causa, providências cautelares destinadas a preservar o efeito útil das decisões. Temos dúvidas sobre se a intenção do Conselho seria impor a existência de

Tendo em conta o que foi afirmado, poderíamos ser levados a concluir no sentido de uma inconstitucionalidade por omissão no âmbito do contencioso administrativo, por não se consagrar uma cláusula que expressamente preveja o regime das medidas cautelares não especificadas, principalmente a partir do momento em que a Constituição passou a exigir a existência das medidas cautelares adequadas. Não nos parece ser necessário ir tão longe. Como se viu, este tipo de providência está expressamente consagrado na Legislação do processo civil. Ora, sabendo que este direito é subsidiário do contencioso administrativo (art. 1.º fa LPTA), bastaria uma interpretação conforme aos arts. 20.º e 268.º-4 da CRP para considerar não taxativo o elenco de providências cautelares que aquele contencioso contém e operar a necessária extensão das normas do direito subsidiário<sup>35</sup>

Consequentemente, parece-nos que resulta da Constituição em termos claros a necessidade de admitir novas providências cautelares além das tipificadas na lei <sup>36</sup>.

---

medidas de tipo «positivo» ou se apenas se pretendeu deixar, aos Estados-Membros, uma discricionariedade quanto às medidas a adoptar.

Assumindo que a Directiva impõe a obrigatoriedade de adopção de providências de tipo «positivo», que habilitem o juiz a ordenar algo à Administração, cabe perguntar se o direito português se conforma com essa Directiva. É que, quanto às matérias em causa, as quais deverão ser discutidas contenciosamente em sede de recurso de anulação por nos encontrarmos em matéria de formação do contrato apenas se prevê a expressamente a suspensão da eficácia do acto.

Não parece, no entanto, que o direito português esteja em contradição com a Directiva. É que, como defendemos, e de acordo com o Princípio da Plenitude Jurisdicional, a cada pretensão do particular deve corresponder um meio processual. Consequentemente, as providências cautelares necessárias poderão sempre ser requeridas, mesmo se não estiverem expressamente previstas.

<sup>33</sup> O Conselho da Europa já adoptou recomendações no sentido da necessidade de consagração de medidas cautelares inominadas. Veja-se o ponto III da Recomendação R(89) 8.

<sup>34</sup> Apesar do actual anteprojecto de Código de Processo Administrativo Contencioso não consagrar expressamente uma cláusula dedicada às medidas cautelares não especificadas tal como existe no ordenamento alemão e no CPC, a extensão do âmbito da «intimação para um comportamento» poderá suprir essa falta. Realmente, o particular poderá agora utilizar este instituto de modo a que o tribunal intime a Administração a adoptar um comportamento ou abster-se dele quando aquela viole, ou exista fundado receio de violação futura, de normas de direito administrativo, deveres decorrentes de acto ou contrato ou de um direito fundamental dos particulares (n.º 1 do art. 134.º). Ora, parece-nos que a nova dimensão atribuída a esta figura permite que o particular requeira ao tribunal a concessão de algo não determinado de forma e em situações semelhantes às que nos existiram no caso de as providências não especificadas estarem consagradas.

O n.º 1 do art. 134.º a que se fez referência tem o seguinte texto:

«Quando os órgãos administrativos, os particulares ou os concessionários violem normas de direito administrativo ou deveres decorrentes de acto ou contrato administrativo ou quando a actividade dos primeiros e dos últimos viole um direito fundamental ou ainda quando, em ambas as hipóteses, haja fundado receio de violação, pode o Ministério Público ou qualquer pessoa a cujos interesses a violação da norma cause ofensa digna de tutela jurisdicional pedir ao tribunal que os intime a adoptar um certo comportamento ou a abster-se dele com o fim de assegurar, respectivamente, o cumprimento das normas ou deveres em causa ou o respeito pelo exercício do direito.»

<sup>35</sup> No sentido da admissibilidade de providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo por via do art. 1.º da LPTA, veja-se o Ac.STA-1, de 8-7-97 (RCC, n.º 42 481).

<sup>36</sup> Também neste sentido, e ainda antes da Revisão Constitucional de 1997, veja-se Garcia, MARIA DA Glória Ferreira Pinto Dias, *Os meios cautelares em Direito Processual Administrativo*, in *Direito e Justiça*, vol IX, 1995, tomo I, págs. 44-45.

Aliás, o texto da nossa lei fundamental é bem mais explícito do de outros ordenamentos onde já se reconheceu a necessidade destas medidas, pois é visível, por exemplo no mencionado n.º 4 do art. 268.º, uma preocupação em assegurar a efectividade da tutela.

Nem se diga que a admissão de medidas não especificadas no contencioso administrativo poderia constituir uma inadmissível intromissão do poder jurisdicional no administrativo, dado que o juiz poderia conceder a medida que entendesse necessária, podendo a mesma constituir uma ordem. É perfeitamente possível que o tribunal emita uma ordem dirigida à Administração quando estejamos numa área em que esta não beneficie de uma liberdade de decisão. Aliás, viu-se como os juizes do Tribunal Supremo do País Basco tiveram o cuidado de emitir ordens a título de medidas cautelares sem ofender o poder decisório da Administração. Por outro lado, não podemos esquecer que a tutela constitucional da protecção jurisdicional se encontra consagrada em termos tais que não é possível diminuí-la em face de um valor constitucionalmente presente que garante uma área de liberdade de decisória da Administração, mas que não mereceu o destaque atribuído ao primeiro.

#### b) Providências cautelares nas Acções

Decorre do que foi defendido para o contencioso administrativo em geral, que sustentamos a admissibilidade de providências cautelares inominadas também nas acções do contencioso administrativo <sup>37</sup>

O Princípio da Tutela Efectiva exige outros meios contenciosos além do mero recurso contencioso de um acto. Nomeadamente, deparam-se-nos acções de plena jurisdição especialmente previstas na LPTA., ou decorrentes deste Princípio, e desde que a revisão constitucional de 1997 que a própria CRP prevê uma acção de

---

<sup>37</sup> O STA já reconheceu a admissibilidade de outras providências cautelares, além das tipificadas, no contencioso das acções. Vejam-se os Acs. STA-1 de 16-8-95, Proc. N.º 38338 (não publicado), STA-1 de 7-3-96, in *BMJ*, n.º 453 e, embora não se refira directamente ao problema, o Ac. STA-1<sup>de</sup> 31-5-90 (Apêndice ao *DR* de 31-1-95, págs. 4075-4078). No mesmo sentido, e parecendo admitir providências inominadas no próprio contencioso de mera anulação, veja-se Rodrigues, José da Cruz, *Medidas Cautelares no âmbito do contencioso administrativo*, in *Revista do Ministério Público*, ano 16.º, n.º 62 (Abril-Junho 1995), págs. 133-138.

condenação na prática de actos devidos, bem como uma acção para reconhecimento de direitos e interesses com maior amplitude que a actual. Para assegurar o efeito útil desses novos meios, haverá que encontrar medidas cautelares que a eles se adequem. Ora não parece que a suspensão da eficácia do acto administrativo possa ser de grande utilidade quando se requeira, por exemplo, o reconhecimento do direito a construir um edifício, a ingressar num estabelecimento de ensino superior, ou a obter do contraente público uma prestação em falta.. De facto, no âmbito do contencioso de plena jurisdição a suspensão da eficácia do acto, como medida cautelar especificamente dirigida para o recurso contencioso de anulação, não se encontra ajustada aos efeitos que o tipo de sentenças proferidas nesta sede pode produzir<sup>38</sup>

Assim, também aqui resulta da necessidade de protecção jurisdicional efectiva a exigência de medidas cautelares adequadas. Aliás, é nos meios de plena jurisdição que as medidas não especificadas são mais necessárias. Nesta sede é imprescindível encontrar providências que possam salvaguardar os propósitos ambiciosos destas vias. O aludido princípio constitucional exige, pois, providências suficientemente intensas para assegurar os efeitos, também eles mais ambiciosos, das sentenças.

Acresce que encontramos um argumento suplementar para defender a aplicação do art. 399.º do CPC às acções do contencioso administrativo. É que o art. 72.º-1 da LPTA manda aplicar os termos do processo civil a estas acções, e o próprio CPC consagra a possibilidade de ordenar qualquer medida provisória que se considere necessária. Consequentemente, parece que o regime do CPC é aplicável por remissão da lei administrativa.

---

<sup>38</sup> Mas, não se pense que no recurso contencioso de anulação a suspensão da eficácia do acto assegura plenamente a satisfação do Princípio da efectiva tutela. Como é sabido, o tribunal pode, em sede de execução da sentença, indicar os actos e operações materiais que a Administração deverá efectuar para dar cumprimento à decisão. Portanto, para assegurar os objectivos do recurso para anulação do acto, pode ser necessário exigir uma prestação positiva, o que fica demonstrado pela possibilidade de enumeração daquilo que deverá ser empreendido para a correcta execução da sentença. Assim, não se visa apenas a anulação do acto, mas também as consequências dessa anulação. Ora, essas consequências envolvem, frequentemente, prestações positivas, que só podem ser garantidas através de providências cautelares não especificadas.

#### D) CONCLUSÕES

Do exposto decorre que, pelo menos desde 1989, o ordenamento jurídico exige a existência de providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo, não sendo relevante, quanto a este ponto, a inexistência da sua consagração expressa.

Pelo que as providências cautelares inominadas deverão ser hoje admitidas no contencioso administrativo. Tal valerá, tanto para o contencioso de plena jurisdição, como para o de mera anulação, pois só assim será cumprida a imposição constitucional no sentido de a tutela jurisdicional ser efectiva. Ou seja, a protecção jurisdicional não poderá ser lacunosa, uma vez que isso acarretaria, com fundamento em razões puramente formais, a situação insustentável de o particular não poder fazer valer a sua pretensão com garantias de retirar da decisão um efeito útil.