

Breves notas sobre os regimes especiais de tutelar cautelar no código de processo nos tribunais administrativos revisto

JORGE PAÇÃO

VOL. 3 Nº 1 ABRIL 2016

WWW.E-PUBLICA.PT

BREVES NOTAS SOBRE OS REGIMES ESPECIAIS DE TUTELAR CAUTELAR NO CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS REVISTO

JORGE PAÇÃO¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
jorgepacao@fd.ul.pt

Resumo: Pelo presente escrito pretende-se analisar os regimes especiais de tutelar cautelar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto, desde o regime da proibição automática de execução do acto administrativo, até ao regime especial de providências cautelares relativas a normas e procedimentos pré-contratuais, passando pelo decretamento provisório de providências cautelares: não apenas quanto às alterações promovidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, mas também quanto aos aspectos nos quais o legislador, a nosso ver, poderia ter ido “mais além” na sua intervenção.

Palavras-Chave: direito processual administrativo; regimes especiais de tutelar cautelar; proibição automática de execução do acto administrativo; suspensão de eficácia de normas; providências cautelares relativas a procedimentos pré-contratuais; decretamento provisório de providência.

Abstract: The present article purports to analyse the special frameworks of preventive injunctions present on the revised Procedural Code of the Administrative Courts, from the automatic provisory suspension of the administrative act's regime, to the preliminary injunction's special framework concerning regulations and public procurement procedures, also focusing on the provisory granting of preliminary injunctions: not only in what regards amendments introduced by the Decree-Law nr. 214-G/2015, but also in what concerns the aspects in which the legislator, in our view, could have gone further in its intervention.

Keywords: administrative procedure law; special frameworks of preventive injunctions; automatic provisory suspension of the administrative acts; provisory suspension of regulations; preliminary injunctions concerning public procurement procedures; provisory granting of preliminary injunctions.

1. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade da Lisboa, jorgepacao@fd.ul.pt; Investigador do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP); Doutorando em Direito Administrativo; Advogado.

1. Nota introdutória

Desde a entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 2004, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, substituindo a já há muito “reformada” Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, que o direito processual administrativo encontra-se estruturado em torno do princípio da tutela jurisdicional efectiva, cuja prossecução passou, necessariamente, pela consagração de uma plena tutela cautelar. Neste sentido, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, em ruptura com a LPTA, procedeu à concretização infraconstitucional do artigo 20.º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa, trazendo consigo um regime cautelar amplamente garantístico. E, como não podia deixar de ser, o legislador centrou-se na identificação das denominadas providências cautelares especificadas e na tramitação do processo cautelar, com destaque para os critérios legais de concessão de providências cautelares no já afamado artigo 120.º, ou seja, as previsões normativas qualificadas pelo legislador como “disposições comuns” (artigos 112.º a 127.º do CPTA), correspondendo a um verdadeiro regime geral da tutela cautelar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Todavia, as particularidades de determinadas providências cautelares, pela configuração do pedido, do objeto da providência ou da tramitação do processo, “obrigaram” o legislador a estabelecer regimes especiais, ou seja, disposições normativas que se afastam do regime geral, mas não contrariam, “na sua essência”, esse regime-regra. Ora, a revisão de 2015 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, promovida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, não só é significativa pelas alterações realizadas nestas previsões normativas específicas, como também pela inércia do legislador quanto a modificações que, irremediavelmente, terão de esperar melhor fortuna numa próxima oportunidade. Será, por isso, este o breve caminho que se percorre nas linhas que seguem, enquanto primeira aproximação aos regimes especiais cautelares administrativos, na transição para o Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto².

2. O regime especial do “efeito suspensivo automático” da execução do acto administrativo

Se há regime especial cautelar cuja importância se revela, quer no plano dogmático, pelo confronto de valores e princípios antagónicos, quer no plano prático, pelo número significativo de vezes que merece aplicação pelos tribunais administrativos, é o da suspensão de eficácia do acto administrativo³. Estando

2. Esclarece-se, na delimitação do referencial deste escrito, que os regimes especiais da suspensão de eficácia do acto já executado (artigo 129.º), da regulação provisória do pagamento de quantias (artigo 133.º) e da produção antecipada de prova (artigo 134.º) ficaram de fora do nosso escopo de análise, por força da verificação – necessariamente cumulativa, na metodologia adoptada – das seguintes condições: a) correspondem a regimes especiais que saíram intactos da revisão de 2015; b) esta preservação integral dos regimes não merece especial crítica da nossa parte.

3. Aliás, não terá sido certamente ao acaso que o legislador, no elenco das providências especificadas presente no artigo 112.º, n.º 2 do CPTA, iniciou a mencionada enumeração com a suspensão de eficácia do acto administrativo, a par da suspensão de eficácia de normas jurídi-

nós perante aquela que pode ser considerada a providência cautelar conservatória típica no direito processual administrativo, o regime do artigo 128.º do CPTA merece, de forma constante, o labor dos juspublicistas e a atenção dos tribunais administrativos.

Tendo como efeito a “paralisação” da actividade administrativa no que à prolação de um determinado acto administrativo diz respeito, o regime especial constante do artigo 128.º do CPTA consagra a suspensão *ope legis* do acto administrativo por força da apresentação de requerimento de concessão de providência cautelar de suspensão de eficácia desse acto. Assim sendo, é esta “suspensão automática” do acto administrativo que revela, de modo predominante, a natureza especial do regime, na medida em que “escapa” à tramitação comum de uma providência cautelar, na qual o requerente apenas retirará algum benefício da sua propositura caso ocorra o deferimento da providência, por decisão judicial proferida no final do processo cautelar, à luz dos critérios tipificados no artigo 120.º do CPTA. Na verdade, com maior rigor e em total conformidade com o elemento literal constante do artigo 128.º n.º 1 do CPTA, a propositura da providência cautelar tem como *efeito automático*, não a suspensão provisória da eficácia do acto administrativo, mas sim a proibição provisória de execução do acto administrativo por parte da entidade pública ou de terceiros interessados⁴. Ou seja, procurando mitigar a delonga do processo cautelar e tutelando de forma provisória a situação jurídica do particular que pretende ver reconhecida, a final, a suspensão de eficácia do acto administrativo no processo cautelar, o legislador estabeleceu como *regra geral* a proibição de execução do acto administrativo a partir do momento em que ocorre a recepção, por parte da entidade administrativa, do duplicado do requerimento cautelar e, como excepção, a apresentação da denominada *resolução fundamentada*, enquanto reconhecimento pela entidade pública de que a não execução do acto administrativo seria “gravemente prejudicial para o interesse público” (n.º 1 do artigo 128.º do CPTA). No entanto, esta solução, mormente a opção legislativa pela admissão de apresentação de *resolução fundamentada*, está longe de ser consensual, e tudo poderia, a partir de 2 de Outubro de 2015, ser diferente, caso o Anteprojecto do CPTA tivesse sido “absorvido”, nesta matéria, pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015.

cas, correspondendo a um reconhecimento, ainda que simbólico, desta relevância.

4. É bem diferente reconhecer a existência de um *efeito suspensivo automático* do acto administrativo, ou uma “pura e simples” proibição de iniciar ou continuar a sua execução. Aliás, não serão raros os casos em que determinado acto administrativo produz efeitos jurídicos, sem que esses efeitos prejudiciais resultem da concreta execução do acto administrativo. Apesar dos intentos deste breve escrito não se compadecerem com uma análise aprofundada da distinção entre uma verdadeira suspensão automática provisória do acto administrativo e a mera proibição automática provisória da sua execução, *maxime* as vantagens e desvantagens das diferentes configurações, não podíamos deixar de assinalar que, a nosso ver, o legislador terá perdido uma oportunidade para reponderar a restritividade associada à aplicação do regime do artigo 128.º do CPTA, eventualmente concebendo-o como uma verdadeira suspensão automática provisória dos efeitos do acto administrativo e, conseqüentemente, restringindo a aplicação do artigo 131.º do CPTA às situações de tutela urgentíssima e que não se compadecem com o eventual levantamento da suspensão automática provisória.

2.1. A solução do Anteprojecto do CPTA – uma oportunidade gorada?

O Anteprojecto de revisão do CPTA⁵ promovia uma reformulação profunda do regime constante artigo 128.º do CPTA⁶. A alteração de maior relevo correspondia à eliminação da figura da *resolução fundamentada*, prevendo-se a prolação de decisão judicial sobre a existência ou não de grave prejuízo para o interesse público da não execução do acto administrativo, ou proferimento de decisão judicial quanto à apreciação sobre se a não execução provocaria consequências lesivas claramente desproporcionadas face aos interesses envolvidos - desde que esta apreciação judicial fosse suscitada por pedido de levantamento do efeito suspensivo provisório por parte da entidade administrativa ou do beneficiário do acto.

Assim sendo, antevia-se uma verdadeira mudança de paradigma no regime do “efeito suspensivo automático” do acto administrativo, na medida em que, em prejuízo de um acto jurídico praticado pelo ente administrativo, que tinha *per se* o efeito de remover a proibição de execução do acto administrativo suspendendo, o apuramento de que esta remoção se justifica passaria para “as mãos” do juiz, por decisão sobre pedido de levantamento da suspensão da execução do acto administrativo, realizando uma ponderação dos interesses públicos e privados em presença.

Sem prejuízo do que uma hipotética interpretação e aplicação prática e jurisprudencial do regime viessem a revelar, não temos particular dificuldade em assumir que a solução proposta pela comissão de revisão constituiria uma franca melhoria face ao regime actual, em especial no plano da tutela dos particulares. Desde logo, a “eliminação” da *resolução fundamentada* corresponderia à supressão de um “corpo estranho” no direito processual administrativo, de natureza jurídica dúbia, enquanto acto jurídico da Administração Pública “enxertado” num processo judicial – o que, só por si, contribuiria para a “purificação” do regime. Mas, de maior relevância, a extinção da *resolução fundamentada* contribuiria para o aproximar de posições na relação processual estabelecida entre Administração e os particulares, em manifesta conformidade e prossecução do princípio da igualdade das partes enquanto princípio estruturante

5. Elaborado pela comissão de revisão do Código do Procedimento Administrativo, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, criada pelo Despacho n.º 9415/2012, 5 de julho.

6. Sobre o regime do artigo 128.º no Anteprojecto de revisão do CPTA, cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, A suspensão de eficácia de actos administrativos no projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, in *Revista E-Pública*, N.º 2, Junho 2014, disponível em: <http://www.e-publica.pt/>; cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA / JOANA DURO PEREIRA, As alterações ao regime da suspensão de eficácia do acto administrativo: o equilibrar da balança?, *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate* (Coord. Carla Amado Gomes / Ana Fernanda Neves / Tiago Serrão), Lisboa, 2014, pp. 199 e ss; cfr. DIOGO CALADO, O novo regime da suspensão de eficácia de acto administrativo no âmbito das providências cautelares impugnatórias, *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate* (Coord. Carla Amado Gomes / Ana Fernanda Neves / Tiago Serrão), Lisboa, 2014, pp. 209 e ss.

do actual direito processual administrativo (artigo 6.º do CPTA).

Na verdade, a possibilidade de proferimento de *resolução fundamentada* constitui o exercício, por parte de um ente público, de uma prerrogativa de autoridade em pleno processo judicial, o que contraria a tendência do actual contencioso administrativo português, assente no reforço da tutela jurisdicional efectiva, nomeadamente cautelar, e na paridade judicial entre Administração e cidadãos, cabendo sim ao tribunal o legítimo exercício de um poder *supra partes*. Ora, atribuir a uma das partes o “poder” de, no âmbito de um processo cautelar, fazer imperar a sua vontade, sem que exista pronúncia de tribunal – pelo menos imediata – que corrobore a necessidade de tutela dos interesses dessa parte, em detrimento da outra parte, é, a nosso ver, um resquício de uma concepção tendencialmente autoritária da Administração que não mais deve permanecer no nosso ordenamento jurídico, e que encontra óbvias dificuldades de relação com a Lei Fundamental, em especial no que respeita ao artigo 20.º, n.º 1, n.º 4 e n.º 5, e, no limite, por “beliscar” o princípio da separação de poderes (artigo 111.º, n.º 1 da Constituição), visto estarmos perante uma intervenção da Administração Pública em sede processual, deixando-se apenas a cargo do interessado a possibilidade de o tribunal vir ou não a apreciar esse acto materialmente decisório⁷. Também no que, em concreto, respeita à tutela da posição jurídica do requerente no actual regime do artigo 128.º CPTA, a possibilidade de a entidade administrativa produzir *resolução fundamentada* cria uma situação de indefinição na esfera jurídica do requerente que não se compadece com a sua protecção. Tal decorre do facto de, a partir do momento da emissão da *resolução fundamentada*, ficar, regra geral, na discricionariedade do órgão administrativo que praticou o acto a definição do momento em que vai iniciar ou retomar a sua execução, ficando o particular numa situação de incerteza, agravada pela interpretação de que a apreciação dos fundamentos da *resolução fundamentada* só poderá ocorrer no incidente de declaração de ineficácia dos actos de execução indevida, cuja propositura depende da verificação de que esses actos de execução foram praticados, o que coloca o particular numa posição particularmente frágil⁸.

O regime previsto no Anteprojeto de Revisão do CPTA, através da eliminação da *resolução fundamentada*, não hipotecava, de modo algum, a protecção do interesse público, em especial na vertente que a lei já expressamente prevê no actual artigo 128.º – a gravidade da sua afectação. Apenas se permitia que a verificação concreta dessa gravidade fosse feita pelo tribunal, a requerimento da entidade administrativa ou de beneficiário na execução do acto administrativo, acrescentando-se, aliás, e em favor da Administração – por ser um critério adicional que permitiria obviar à proibição de execução do acto – a possibilidade de ser “gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”⁹.

7. A *resolução fundamentada* corresponde, na prática, a uma decisão de continuidade na execução do acto administrativo suspendendo até pronúncia judicial em sentido contrário.

8. Neste sentido, cfr., por todos, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª Edição, Coimbra, 2016, p.438.

9. Cfr. n.º 2 do artigo 128.º do CPTA, na versão constante do Anteprojeto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Em suma, em termos que porventura se revelariam decisivos para uma aplicação mais justa do regime do artigo 128.º do CPTA, permitir-se-ia que o juiz apreciasse os fundamentos do levantamento do “efeito suspensivo provisório” através da já conhecida ponderação dos interesses públicos e privados em presença, prevista no n.º 2 do artigo 120.º do CPTA.

No entanto, ainda que a melhoria do regime constante do artigo 128.º do CPTA passasse, a nosso ver, em grande medida pela expurgação da *resolução fundamentada* e a consequente reconfiguração do modelo em torno da sua não existência, a verdade é que o legislador, pelo facto de querer preservar a *resolução fundamentada*, ignorou a imperiosa necessidade de realizar um conjunto significativo de “benfeitorias” no artigo 128.º do CPTA. Desde logo, quanto ao seu n.º 1, o legislador deixou novamente “cristalizar” a dúvida sobre qual o significado da expressão “recebido o duplicado do requerimento”¹⁰. É, a nosso ver, incompreensível que, com a revisão de 2015, se tenha mantido em vigor um conceito que, pela sua indeterminação, transporta consigo uma insegurança jurídica incompatível com a definição exacta do momento a partir do qual a Administração se encontra vinculada a não executar o acto administrativo suspendendo, bem como do início da contagem do prazo de 15 dias de que dispõe a Administração Pública para a emissão de *resolução fundamentada*¹¹⁻¹². Também em desperdício de uma oportunidade de clarificação, o legislador não esclareceu se o mencionado prazo de 15 dias corresponde ao prazo que a entidade pública tem para emitir a declaração, ou para proceder à sua junção aos autos, questão para a qual o elemento literal não oferece resposta, dando azo a interpretações distintas, nomeadamente no plano jurisprudencial¹³.

Também de significativa importância, a revisão de 2015 ignorou a gritante desconsideração dos contra-interessados que subjaz ao regime previsto no artigo 128.º do CPTA¹⁴, e que ficaria colmatada com a proposta de redacção presente

10. Dúvida que era resolvida na redacção presente no Anteprojeto elaborado pela comissão de revisão, determinando como momento relevante, o da citação.

11. Aliás, a doutrina tem divergido quanto à interpretação da expressão “recebido o duplicado do requerimento” (no sentido de que a lei não exige a citação mas sim um conhecimento oficial, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa – Lições*, 14.ª Ed., Coimbra, 2015, p. 307; no sentido de que a proibição de executar opera com a citação, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª Edição, Coimbra, 2016, pp. 435-436).

12. Nestes termos, não acompanhamos FERNANDA MAÇÃS na consideração que o problema deixa de ter relevância, pois o interessado pode pedir a citação urgente e o processo é concluso ao juiz para despacho liminar no prazo máximo de 48 horas e subsequente ordem de citação [cfr. O contencioso cautelar, *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (Coord. Carla Amado Gomes / Ana Fernanda Neves / Tiago Serão), Lisboa, 2016, p. 575].

13. Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 30 de Maio de 2007, no entendimento de que os 15 dias previstos no n.º1 do artigo 128.º correspondem ao prazo que a autoridade administrativa tem para proferir a resolução fundamentada (proc. n.º 2516/07); e cfr. Acórdão do mesmo Tribunal, de 7 de Dezembro de 2011, na defesa de que tem-se por ilegal uma situação em que a autoridade requerida emita uma resolução fundamentada, datada dentro do prazo de 15 dias, mas que apenas é enviada para tribunal já depois de decorrido esse prazo (proc. n.º 8208/11), pesquisáveis em: <http://www.dgsi.pt/>.

14. Sobre a desproteção dos contra-interessados no âmbito da suspensão provisória automática da execução do acto administrativo, cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES / BERNARDO

no Anteprojeto, na medida em que o requerimento de levantamento de proibição de execução do acto poderia ser apresentado por beneficiário da sua execução, e não apenas pela entidade administrativa.

Por fim, entre as “benfeitorias” que ficaram por realizar, é ainda de destacar a inexistência de disposição normativa quanto à conjugação entre o artigo 128.º e a aplicação do artigo 131.º, referente ao decretamento provisório de providência cautelar¹⁵.

Ou seja, quanto ao regime da suspensão automática provisória da execução do acto administrativo, o legislador, nas alterações promovidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, apenas inovou por via de uma modificação à margem do artigo 128.º: estatuiu que o recurso da decisão que julgue infundada a resolução fundamentada e declare a ineficácia dos actos de execução indevida não tem efeito suspensivo – alínea b), do n.º 2, do artigo 143.º do CPTA.

Em suma, o legislador optou por manter intacto o artigo 128.º do CPTA, recusando-se a, no nosso entendimento, melhorar significativamente o regime especial do “efeito suspensivo automático” da execução do acto administrativo, que teima em não se libertar de uma visão já ultrapassada da Administração Pública e que não tutela, de forma efectiva, os particulares, de acordo com os padrões constitucionais de tutela jurisdicional efectiva, a preservar e concretizar.

2.2. A imperiosa “renovação” da interpretação e aplicação do artigo 128.º do CPTA quanto à apreciação da resolução fundamentada

Ainda que, como já dissecado, o regime da suspensão automática provisória da execução do acto administrativo não tenha merecido a devida atenção do legislador, conferindo-lhe o “estatuto” de “intocável”, a verdade é que esse facto não nos impede de avançar com aquilo que consideramos ser urgente: uma inversão da jurisprudência dominante (em sintonia com doutrina autorizada) quanto à apreciação da *resolução fundamentada*. De forma tendencialmente consensual, tem-se considerado que, à luz do disposto no artigo 128.º do CPTA, em especial nos seus n.ºs 3 a 6, a apreciação por parte do tribunal da *resolução fundamentada* só pode ser feita, *a latere*, no âmbito do incidente de declaração de ineficácia dos actos de execução indevida¹⁶. Ou seja, estando o regime construído

AZEVEDO, cfr. Impugnabilidade dos atos praticados ao abrigo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 90, p. 8. Também sobre o tema, cfr. ELIZABETH FERNANDEZ, Revisitando o art. 128.º, n.º 2, do CPTA: agora, na perspectiva do contrainteressado, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 90, pp. 11 e ss; cfr. DORA LUCAS NETO / ESPERANÇA MEALHA, O contra-interessado e o artigo 128.º do CPTA, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, (coord. Fernanda Paula Oliveira), Coimbra, 2012, pp. 613 e ss.

15. Cfr. *infra*, ponto 4.

16. Neste sentido, atente-se a VIEIRA DE ANDRADE, ao declarar que “a lei não prevê a impugnação dessa resolução fundamentada no processo, referindo-se apenas ao pedido de declaração de ineficácia pelo tribunal dos actos de execução indevida – quando nem sempre existem actos de execução” (cfr. *A Justiça Administrativa – Lições*, 14.ª Ed., Coimbra, 2015,

em torno da possibilidade do particular peticionar a declaração de ineficácia dos actos de execução indevida, conclui-se que só fará sentido apreciar a resolução fundamentada a título incidental, visto que:

1. O artigo 128.º do CPTA não prevê expressamente qualquer incidente autónomo destinado a apreciar a validade formal e os fundamentos da *resolução fundamentada*;
2. Razões de economia processual assim o exigem, pois não se vê vantagem em, antecipadamente, apreciar os fundamentos da *resolução fundamentada*, quando ainda não existe qualquer acto de execução do acto administrativo suspendendo, ou seja, ainda não existe qualquer acto lesivo que se encontre a ser praticado “debaixo das asas” da *resolução fundamentada*;
3. O incidente de declaração de ineficácia dos actos de execução indevida, expressamente instituído pelo legislador, deixaria de fazer sentido, na medida em que o título que habilita à prática dos actos de execução é, precisamente, a *resolução fundamentada*, pelo que a sua apreciação deverá ser feita no âmbito do incidente, determinando, ou não, a ilegalidade dos actos de execução, em função da validade da *resolução fundamentada*.

Ora, não descurando este argumentário, é nosso entendimento que o mesmo deve ser tido apenas como parcialmente procedente, por força das consequências que a aplicação do artigo 128.º, quando interpretado nestes moldes, provoca na tutela provisória da situação jurídica do requerente. Primeiramente, e como antecipado *supra*, a possibilidade de a entidade administrativa produzir *resolução fundamentada*, sem que o particular a possa contestar, cria uma situação de indefinição e incerteza no particular: a partir do momento em que a entidade administrativa aprova a *resolução fundamentada*, fica ao seu critério a prática dos actos de execução e, com maior gravidade, o momento da prática dos actos de execução quando opte por fazê-lo. Ou seja, o benefício da suspensão provisória da execução do acto administrativo suspendendo pode, rapidamente, transformar-se numa situação em que a entidade administrativa produz uma *resolução fundamentada* manifestamente inválida – nomeadamente por não encontrar qualquer correspondência com o critério legal de grave prejuízo para o interesse público – e que coloca o particular numa situação de indefinição e

p. 309); Também MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA avançam para a seguinte apreciação: “(...) parece que não se pode questionar, só por si, a resolução eventualmente emitida, ainda na ausência de actos de execução, pelo que há que aguardar pela prática dos actos de execução para poder reagir contra eles.” (cfr. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Ed., Coimbra, 2010, p.859). De forma particularmente incisiva, e que reflete a maioria da jurisprudência na matéria, cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 17 de Fevereiro de 2011 (proc. n.º 7052/10), em especial na constatação de que «não existe no art. 128.º do CPTA o incidente de pedido para declaração da improcedência das razões concretas invocadas na “resolução fundamentada”. A lei não prevê que se peça a vã ou mera apreciação dos “motivos” da “resolução”. E a economia processual justifica-o: só vale a pena apreciar os motivos concretos da “resolução fundamentada” se houver desrespeito pela regra imperativa *ope legis* constante do n.º 1 do art. 128.º, ou seja, se se prosseguir ou tiver prosseguido na execução do acto administrativo.»

incerteza que não deve ser tolerada à luz da *ratio legis* da tutela provisória dos direitos dos particulares no contencioso administrativo português. A fragilidade do regime¹⁷, quando interpretada no sentido de que a resolução fundamentada nunca pode ser apreciada autonomamente, é agravada por duas realidades:

1. A proliferação de emissão de resoluções fundamentadas no seio da Administração Pública é uma realidade indesmentível, fugindo, e muito, à sua natureza excepcional, pois a lei só habilita a sua prática por grave prejuízo para o interesse público provocado pela não execução do acto administrativo;
2. A entidade administrativa, ao emitir *resolução fundamentada*, pode, “de um dia para outro”, proceder à prática dos actos de execução que o particular pretendeu evitar aquando da propositura da providência cautelar, tornando-se, não raras vezes, num facto consumado insusceptível de ser revertido no incidente de declaração de ineficácia dos actos de execução indevida.

Assim sendo, para que o particular não se veja numa situação em que a emissão da *resolução fundamentada* resulta no hipotecar da situação jurídica que queria ver protegida com a suspensão de eficácia do acto administrativo, deve o n.º 3 do artigo 128.º do CPTA ser interpretado extensivamente, em especial por referência à previsão normativa “ou o tribunal julgue improcedentes as razões em que aquela [a resolução fundamentada] se fundamenta”, no sentido de que a *resolução fundamentada* pode e deve ser apreciada, a pedido do requerente ou a título oficioso, quando se considere ser manifestamente infundada, e a eventual execução do acto administrativo possa resultar na criação de uma situação irreversível, tornando-se num facto consumado aquilo que o particular queria evitar com a apresentação do requerimento de providência cautelar. Esta interpretação impõe-se, sob pena de o regime do artigo 128.º do CPTA contrariar, nestes casos, o seu fundamento intrínseco – a preservação provisória das situações jurídicas activas dos particulares face à demora do processo principal – e, no limite, ser profundamente atentatório de uma tutela jurisdicional efectiva, nomeadamente nos termos constitucionalmente consagrados (artigos 20.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4 e da Constituição).

Pelo que, não tendo a revisão de 2015 contribuído para a “reforma” do regime da suspensão automática provisória da execução de actos administrativos, deve a interpretação do artigo 128.º do CPTA ser renovada, de forma que a tutela dos particulares fique assegurada nos casos em que a *resolução fundamentada* possa ser considerada manifestamente infundada e a eventual prática de actos de execução do acto administrativo se consubstancie num facto consumado ou de difícil reversão – permitindo-se, nesta medida, a apreciação oficiosa, ou a pedido do requerente, da *resolução fundamentada*, no âmbito do próprio processo cautelar.

17. Reconhecendo a fragilidade do regime, mas conformando-se com ela, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª Edição, Coimbra, 2016, p.438; cfr. FERNANDA MAÇÃS, *O contencioso cautelar, Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. Carla Amado Gomes / Ana Fernanda Neves / Tiago Serão), Lisboa, 2016, p. 578.

3. O regime especial da suspensão de eficácia de normas regulamentares

Ao contrário do regime especial da suspensão automática provisória da execução de actos administrativos, o regime especial da suspensão de eficácia de normas foi objecto de modificação pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015. Ora, também por contraposição com o artigo 128.º do CPTA, o regime especial previsto no artigo 130.º não corresponde a um conjunto de regras referentes à regulação de trâmites específicos no seio do processo cautelar, tendo sim dois objectivos: a determinação das modalidades de suspensão de eficácia de normas jurídicas constantes de regulamentos administrativos, e a identificação dos entes com legitimidade processual activa para proceder à sua propositura.

Quanto aos tipos de pedidos de suspensão de eficácia de normas jurídicas regulamentares, a sua diferenciação assenta, como não podia deixar de ser, no binómio *declaração de ilegalidade com força obrigatória geral – declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto*, presente na configuração de acção administrativa tendente à impugnação de normas jurídicas (artigo 73.º do CPTA)¹⁸. Assim sendo, a revisão de 2015 manteve, em consonância com o regime que regula o pedido na acção principal, essa diferenciação no que respeita à providência cautelar de suspensão de eficácia de normas.

No que respeita à suspensão de eficácia de norma jurídica com efeitos circunscritos ao caso concreto, esta modalidade continua intacta no artigo 130.º n.º 1 do CPTA, bem como a identificação de quem tem legitimidade processual activa para requerê-la não sofreu alterações, nem vemos razões para que tal tivesse acontecido.

Quanto à legitimidade para a suspensão de eficácia de normas jurídicas com força obrigatória geral, procedeu-se a uma adequação do n.º 2 artigo 130.º aos pressupostos gerais do artigo 73.º do CPTA, na medida em que a legitimidade conferida no n.º 1 deste artigo passou apenas a abarcar a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral quanto a normas imediatamente operativas e, consequentemente, suprimiu-se o critério de desaplicação nos três casos concretos para que um particular pudesse peticionar a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral. Assim sendo, procedeu-se à revogação do n.º 3 do artigo 130.º, que permitia aos particulares beneficiar do pedido de suspensão de eficácia de norma regulamentar com eficácia *erga omnes* desde que se demonstrasse a desaplicação da norma em três casos concretos, por força do seu carácter ilegal.

E, também com revisão de 2015, o legislador alterou o n.º 2 do artigo 130.º do CPTA, referente à legitimidade para requerer a concessão de providência cautelar de suspensão de eficácia de norma jurídica com força obrigatória

18. Sobre a impugnação de normas jurídicas regulamentares, após a revisão de 2015, cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto, *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. Carla Amado Gomes / Ana Fernanda Neves / Tiago Serão), Lisboa, 2016, pp. 331 e ss.

geral, concedendo-a apenas ao Ministério Público e às pessoas e entidades com legitimidade conferida pelo n.º 2 do artigo 9.º do CPTA. Todavia, duas notas devem ser feitas a propósito desta alteração promovida no n.º 2 do artigo 130.º do CPTA. A primeira nota é de que o preceito deve ser interpretado em consonância com a parte final do n.º 1 do artigo 73.º, ou seja, também aos presidentes de órgãos colegiais deve ser atribuída legitimidade processual activa para apresentar providência cautelar de suspensão de eficácia com força obrigatória geral das normas emitidas pelos respectivos órgãos¹⁹. A segunda nota é que o mesmo raciocínio não deve ser feito quanto à exclusão, a nosso ver propositada, da legitimidade de particulares, a título individual, para apresentarem pedido de suspensão de eficácia de norma regulamentar com força obrigatória geral. Tendo sido suprimido o critério de desaplicação da norma em três casos concretos para conferir legitimidade activa a um particular para apresentar pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, seria excessivo que o legislador permitisse a um particular individual apresentar pedido de suspensão de eficácia de norma com força obrigatória geral, sem mais.

Assim sendo, em sede de tutela provisória, a revisão de 2015, de forma reconhecidamente inovadora, veio apenas atribuir legitimidade ao Ministério Público e às entidades e pessoas com legitimidade nos termos do n.º 2 do artigo 9.º (e aos presidentes de órgãos colegiais quanto a normas emitidas pelos respectivos órgãos) para a propositura de providência cautelar de suspensão de eficácia de normas com força obrigatória geral, ficando o particular individual apenas com legitimidade activa para apresentação de pedido de suspensão de eficácia de norma regulamentar com efeitos circunscritos ao caso concreto.

4. O regime especial do decretamento provisório de providência cautelar

O artigo 131.º do CPTA, que regula o decretamento provisório de providências cautelares – ou seja, a possibilidade de o juiz antecipar, a título provisório, a concessão da providência cautelar requerida – foi objecto de modificação pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, com alterações que merecem ser assinaladas.

Em primeiro lugar, o n.º 1 do mencionado artigo deixou de fazer referência expressa à tutela de *direitos, liberdades e garantias*, afastando, de vez, quaisquer interpretações restritivas no sentido de que o regime especial do decretamento provisório de providência cautelar encontrar-se-ia apenas destinado à tutela de situações jurídicas da mais elevada estirpe constitucional. Assim sendo, desde que o juiz reconheça a existência de situação de especial urgência – tornando-se evidente a necessidade de uma tutela provisória urgentíssima – sob pena de o próprio processo cautelar perder o seu efeito útil, pode (e deve) decretar a providência cautelar requerida, ou outra que considere mais adequada a garantir a preservação da utilidade do processo cautelar. Neste âmbito, coloca-se, à partida, a afamada questão referente à conjugação do artigo 128.º com o artigo

19. No mesmo sentido, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª Edição, Coimbra, 2016, p.459.

131.º do CPTA, e que agora surge reforçada, na medida em que a aplicação do artigo 131.º é, pós-2015, irremediavelmente mais abrangente, por afastamento de qualquer interpretação restritiva nos termos agora explanados. Ora, em boa verdade, quer o artigo 128.º, quer o artigo 131.º, visam mitigar a delonga no processo cautelar, acautelando a situação do requerente até à decisão final nesse processo. Assim sendo, será que, por força deste intuito comum, o artigo 131.º se torna inaplicável quando está em causa uma providência cautelar de suspensão de eficácia de acto administrativo?

A resposta estava dada no Anteprojecto elaborado pela comissão de revisão, onde se estabelecia que a suspensão automática provisória da execução do acto administrativo não prejudica a possibilidade do decretamento provisório da suspensão da eficácia, em situações de especial urgência. Ora, independentemente de esta clarificação não ter sido adoptada pelo legislador na revisão de 2015, é nosso entendimento que essa possibilidade de aplicação conjunta acaba por resultar do âmbito e da configuração dos dois regimes.

Primeiramente, a sobreposição não é total, visto que o artigo 128.º do CPTA, como escalpelizado acima (cfr. ponto 2, *supra*), não prevê uma suspensão automática provisória da eficácia do acto administrativo, mas sim uma suspensão automática provisória da execução do acto administrativo, pelo que o artigo 128.º do CPTA não pode ser verdadeiramente interpretado como uma antecipação provisória, *ope legis*, da decisão final de suspensão a tomar na providência cautelar. Destarte, desde que provada a necessidade de tutela urgentíssima por estar iminente a verificação de facto consumado, o requerente consegue obter uma tutela reforçada da sua situação jurídica com o decretamento provisório da providência – esta sim, uma antecipação provisória da concessão da providência cautelar de suspensão de eficácia. Em segundo lugar, mas não menos relevante, o decretamento provisório da providência obsta à possibilidade da entidade administrativa proceder à emissão de *resolução fundamentada*, hipótese de legalidade intacta, desde que preenchidos os critérios do n.º 1 do artigo 131.º.

Pelo que dúvidas não restarão de que a aplicação conjunta dos dois regimes, não só é viável, como deve ser uma realidade, desde que estejamos perante uma situação de especial urgência²⁰.

Importa ainda assinalar, com alguma perplexidade, a modificação realizada pelo legislador no n.º 6 do artigo 131.º do CPTA. E este espanto não se deve ao seu carácter inesperado ou imprudente, mas sim ao facto de o legislador, ainda

20. No mesmo sentido, em especial por referência à vantagem para o particular de evitar a emissão de resolução fundamentada, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Ed., Coimbra, 2010, pp. 853-854. Em sentido contrário, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa – Lições*, 14.ª Ed., Coimbra, 2015, p. 311.

que tenha “deixado cair” a solução do Anteprojecto da comissão de revisão no que respeita ao levantamento da proibição de execução do acto administrativo por requerimento da entidade administrativa, manteve-a, em traços em tudo semelhantes, quanto ao levantamento da providência provisória decretada. Assim sendo, prevê o legislador um incidente destinado à extinção do decretamento provisório da providência, no qual, depois de ouvido o requerente e produzida a prova necessária, o juiz decidirá de acordo com o critério de “ponderação de danos”, estabelecido no n.º 2 do artigo 120.º do CPTA.

Por fim, importa ainda trazer à colação quatro novidades promovidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro:

1. A determinação de que o decretamento provisório da providência deve acontecer no prazo de 48 horas, enquanto prazo definido para a prolação do despacho liminar previsto no n.º 1 do artigo 116.º (n.º 1 do artigo 131.º);
2. A possibilidade do juiz decidir pelo decretamento provisório da providência a título oficioso (n.º 1 do artigo 131.º);
3. A previsão de que o decretamento provisório pode ter lugar durante a pendência do processo cautelar, com fundamento em alteração superveniente dos pressupostos de facto ou de direito (n.º 2 do artigo 131.º)²¹;
4. A remissão, em caso de incumprimento do decretamento provisório da providência, para o regime do incidente de declaração de ineficácia dos actos de execução indevida, com as necessárias adaptações.

5. Regime especial de providências cautelares relativas a procedimentos pré-contratuais – artigo 132.º do CPTA

Por fim, no contencioso pré-contratual, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, o requerente passa a beneficiar de efeito suspensivo automático do acto de adjudicação ou da possibilidade de requerer a adopção de outras medidas provisórias quando o processo não tenha em vista a impugnação do acto de adjudicação – sendo que no leque das referidas medidas provisórias encontra-se, naturalmente, a suspensão do acto objecto de impugnação.

Esta mudança deve-se, reconhecidamente, à transposição das Directivas Recursos²², sendo que, por via da revisão de 2015, o efeito suspensivo automático

21. Já neste sentido aquando da vigente do CPTA anterior à revisão de 2015, cfr. PAULO PEREIRA GOUVEIA, As realidades da nova tutela cautelar administrativa, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 55, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Ed., Coimbra, 2010, p.871.

22. Directiva do Conselho n.º 89/665/CEE, de 21 de Dezembro e Directiva do Conselho n.º

do acto de adjudicação e a possibilidade de adopção de outras medidas provisórias são exclusivas do contencioso pré-contratual enquanto processo principal urgente, na medida em que esteja em causa um procedimento tendente à celebração de um dos contratos identificados no n.º 1 do artigo 100.º do CPTA.

Nestes termos, o regime especial de providências cautelares relativas a procedimentos pré-contratuais, regulado no artigo 132.º do CPTA, viu o seu âmbito de aplicação significativamente diminuído, sendo apenas aplicável a contratos fora do âmbito do contencioso pré-contratual. Todavia, tal não significa que o regime especial de providências cautelares relativas a procedimentos pré-contratuais passe a ser “letra morta”, existindo ainda um número significativo de contratos fora do elenco do n.º 1 do artigo 100.º do CPTA (e.g. contrato de aquisição de bens imóveis, contrato de permuta, contrato de arrendamento) cuja tutela provisória se fará pela aplicação do artigo 132.º do CPTA.

Com excepção desta mudança significativa, referente ao seu âmbito de aplicação e não à sua substância, diga-se que o legislador não dedicou especial atenção ao regime especial dos processos cautelares relativos a procedimentos de formação de contratos – o que seria de esperar. Assim sendo, o regime mantém a sua configuração enquanto conjunto de normas especiais, sem prejuízo da expressa remissão para as regras gerais aplicáveis aos restantes processos cautelares, do Título IV.

Todavia, merece, da nossa parte, referência especial o actual n.º 5 do artigo 132.º, visto que, por um lado, manteve o legislador o critério de concessão das providências na “ponderação dos danos”, semelhante ao previsto no n.º 2 do artigo 120.º do CPTA, mas suprimiu-se, por não mais vigorar no n.º 1 do artigo 120.º, a possível aplicação da manifesta ilegalidade enquanto critério de concessão de providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos²³.

92/13/CEE, de 25 de Fevereiro.

23. Neste âmbito, a expurgação da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º terá resultado de uma apreciação quantitativa por parte do legislador, que é mesmo que dizer, da restritividade associada à sua verificação e, consequentemente, o número diminuto de situações nas quais os tribunais administrativos a deram como preenchida. O que, a nosso ver, não justifica a sua eliminação, na medida em que as situações de manifesta ilegalidade, ainda que diminutas, justificam plenamente, e sem mais, a concessão de uma providência cautelar no direito processual administrativo, mormente pela gravidade associada a uma situação em que um particular se vê prejudicado por um acto cuja presença no ordenamento jurídico pode ser tida como juridicamente inviável.