e-pública
Revista Eletrónica de Direito Público

ICJP Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Faculdade de Direito Universidade de Lisboa
CIDP Centro de Investigação de Direito Público

AS METAMORFOSES DA JUSTIÇA URGENTE: NOTAS BREVES SOBRE A REFORMA DO CPTA

METAMORPHOSIS OF URGENT PROCESSES: BRIEF NOTES ON THE REFORM OF THE CODE OF PROCESS IN ADMINISTRATIVE COURTS

Carla Amado Gomes
Número 7, 2016
ISSN 2183-184x

E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO

www.e-publica.pt

e-Pública **Vol. 3** No. 1, Abril 2016 (50-64)

AS *METAMORFOSES* DA JUSTIÇA URGENTE: NOTAS BREVES SOBRE A REFORMA DO CPTA[1]

METAMORPHOSIS OF URGENT PROCESSES: BRIEF NOTES ON THE REFORM OF THE CODE OF PROCESS IN ADMINISTRATIVE COURTS

CARLA AMADO GOMES[2]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
carlamadogomes@fd.ulisboa.pt

Sumário: Este texto analisa algumas das alterações recentemente introduzidas no CPTA em sede de tutela urgente, visando comparar a efectividade destas vias antes e depois da reforma de 2015

Abstract: The text analises some of the recent alterations of the Code of Process in Administrative Courts in the context of urgent relief, aiming to compare the degree of effectiveness provided before and after the reform of 2015

Palavras-Chave: Tutela urgente; tutela cautelar; tutela sumária

Key Words: Urgent relief; injunctive relief; summary protection

0. Metamorfose e deslumbramento: a nova justiça urgente introduzida pela reforma de 2002/2004; **1.** Metamorfose e complexidade: a nova "psicose de urgência" no contencioso administrativo; **2.** A reforma de 2015 e o afrouxamento da tendência *pro* urgência; **3.** O acentuar das metamorfoses no seio da tutela urgente; **4.** A metamorfose que falta

1. Este artigo foi escrito para integrar a obra de homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira.

2. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do CIDP. carlamadogomes@fd.ulisboa.pt

0. Metamorfose e deslumbramento: a nova justiça urgente introduzida pela reforma de 2002/2004

Quando, em 2002/2004, o legislador do direito processual administrativo abriu as portas à justiça urgente, o paradigma da protecção dos direitos dos particulares foi radicalmente alterado. A revisão constitucional de 1997 e a alteração do nº 4 do artigo 268º da Constituição da República contribuíram decisivamente para a conformação de um direito processual urgente verdadeiramente pleno e efectivo na jurisdição administrativa, fazendo eco de apelos doutrinais e de lugares paralelos no Direito comparado[3]. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos terminou a *travessia do deserto* iniciada em tempos idos, pondo termo a um quase exclusivo da suspensão jurisdicional da eficácia de actos, transitada da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos de 1985[4], e promovendo a transição, no plano cautelar, de um sistema de *numerus clausus* para um regime de *numerus apertus*, com sede no artigo 112º[5]. Paralelamente, foram criadas acções sumárias (impugnações urgentes e intimações), identicamente tramitadas de forma urgente (cfr. o artigo 36º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante CPTA), que espelham não só os *indirizzos* constitucionais (o nº 5 do artigo 20º da Constituição relativamente à intimação para defesa de direitos, liberdade e garantias), como os impulsos conformadores do Direito da União Europeia (no que toca ao regime plasmado nos artigos 105º a 108º do CPTA). Acresceu a possibilidade de decretamento provisório das providências, introduzida pelo artigo 131º do CPTA. Enfim, previu-se uma hipótese de sumarização da justiça através do mecanismo inscrito no artigo 121º do CPTA[6].

Este brevíssimo introito serve para caracterizar a primeira metamorfose, uma metamorfose de sistema.

1. Metamorfose e complexidade: a nova "psicose de urgência" no contencioso administrativo

A ofuscante borboleta que substituiu a baça lagarta trouxe, todavia, paralelamente a novas vias de tutela, problemas vários. Desde logo, significou um aluvião de pedidos cautelares nos tribunais administrativos - multiplicado quer em razão do polimorfismo sediado no artigo 112º, quer devido à nova modalidade temporal de requerimento de tutela cautelar, que passou a ser deduzível previamente à

3. Veja-se Carla AMADO GOMES, Contributo para o estudo das operações materiais da Administração e do seu controlo jurisdicional, Coimbra, 1999, pp. 425 ss.

4. Recorde-se que no âmbito da LPTA, além da providência cautelar indicada no texto, única específica do processo administrativo, havia a possibilidade de aplicação subsidiária das providências previstas no CPC, fortemente condicionada pelo facto de as vias principais estarem circunscritas ao recurso de anulação e à acção para reconhecimento de direitos e interesses legalmente protegidos.

5. Cfr. Carla AMADO GOMES, O regresso de Ulisses: um olhar sobre o novo sistema de protecção cautelar no contencioso administrativo, *in CJA,* nº 39, 2003, pp. 3 ss.

6. Nos pontos seguintes, os artigos que não tenham referência expressa de fonte pertencem ao CPTA.

propositura da acção principal (do antecedente era apenas possível apresentar pedido cautelar com a acção principal ou no seu decurso) – tramitados de forma urgente, com a pressão sobre o julgador que tal implica[7]. Depois, a nova lei processual introduziu uma enorme complexidade no âmbito da tutela urgente, na medida em que: colocou a intimação para defesa de direitos, liberdade e garantias numa relação de subsidiariedade com a tutela cautelar ultra-urgente, sediada no artigo 131º[08]; criou esta modalidade de tutela com um regime bifásico, numa espécie de pré-cautela da cautela; e abriu uma porta de fuga de antecipação do juízo principal a partir de um processo cautelar no artigo 121º do CPTA. Enfim, o CPTA desdobrou critérios de decretamento da tutela cautelar para as providências não especificadas, acolhendo três critérios no nº 1 do artigo 120º, e empurrando o juiz para operações de qualificação (desde a caracterização de ilegalidades evidentes à divisão entre providências conservatórias e antecipatórias) nem sempre óbvias[9], além de o investir em competências de remodelação da instância, podendo suprimir ou aditar providências.

Há, portanto, novas metamorfoses a registar: por um lado, um processo pode começar sumário e terminar cautelar, e vice-versa (artigos 109º e 131º; e 121º, do CPTA, respectivamente); por outro lado, um processo cautelar pode começar urgente e volver-se em ultra-urgente, e vice versa [nºs 3 e 6 (*a contrario*) do artigo 131º do CPTA, respectivamente]; e, finalmente, o processo cautelar pode incluir pedidos de providências que não virão a ser decretadas e ver, em contrapartida, decretadas providências que não foram pedidas (nºs 2 e 3 do artigo 120º do CPTA)[10]...

Este quadro – do qual se seleccionaram apenas alguns traços - gerou, segundo VIEIRA DE ANDRADE, uma certa "psicose da urgência"[11], que afogou os tribunais em pedidos urgentes e, por consequência, duvidosamente promoveu, globalmente falando, melhor justiça. Talvez por isso o legislador da reforma de 2015 tenha investido, em sede de tutela urgente, uma redobrada atenção, com resultados porventura algo paradoxais.

7. Cfr. Jorge Manuel LOPES DE SOUSA, Alguns obstáculos práticos à tuela judicial efectiva no contencioso administrativo, Scientia Iuridica, nº 325, 2011, pp. 61 ss, 64-65.

8. Sobre a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias vejam-se as obras citadas em Carla AMADO GOMES, Uma revisão previsível: a convolação do processo de intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias em providência cautelar (artigo 110ºA do Anteprojecto de revisão do CPTA), coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2014, pp. 319 ss, 319-320, nota 2.

9. Para uma análise das dificuldades de destrinça, veja-se o Acórdão do TCA-Sul de 14 de Setembro de 2004, proc. 00251/04 (mais conhecido pelo processo do Túnel do Marquês), ponto 2. Do Direito – todos os acórdãos citados se encontram disponíveis em www.dgsi.pt

10. Isto para além da possibilidade de alteração e revogação de providências decretadas em razão de alteração de circunstâncias, no âmbito do artigo 124º do CPTA.

11. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, Tutela Cautelar, CJA, nº 34, 2002, pp. 45 ss, 46.

2. A reforma de 2015 e o afrouxamento da tendência *pro* urgência

Não é nossa intenção esmiuçar aqui as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 214-G/2015, de 2 de Outubro, no âmbito da tutela urgente – tal tarefa já vem sendo desenvolvida por vários autores[12]. Acentuando alguns paradoxos, iluminaremos neste ponto quatro questões, a primeira das quais se prende com a identificação de tendências aparentemente contraditórias, que traduziríamos nesta síntese: tutela urgente mais urgente mas menos frequente (***a.***). Em segundo lugar, queremos sublinhar que, se é verdade que o decretamento provisório da providência é "absorvido" pela tramitação do processo cautelar (perdendo a sua faceta bifásica), aliviando a tramitação, não é menos certo que ele contempla a contradita de requerido e de eventuais contra-interessados (por força da remissão operada pelo nº 1 do artigo 131º para o artigo 117º), ao contrário do que continua a suceder em sede de suspensão (provisória) do acto administrativo, gerando assim uma inexplicável dualidade de regimes (***b.***). Em terceiro lugar, apontamos a distorção entre a norma do nº 3 do artigo 119º, que admite o julgamento da providência cautelar em conferência de juízes, quando a regra de decisão dos processos (urgentes e não urgentes) passou a ser a do juiz singular, nos termos do nº 1 do artigo 40º do ETAF (***c.***). Em quarto lugar, chamamos a atenção para a redução do universo de providências cautelares especificadas à disposição do requerente por força da subtracção da dupla subsidiariedade face ao CPC, traduzida na alteração de redacção do nº 2 do artigo 112º (***d.***).

a.) A tutela urgente ganhou mais pressa através de novidades como a expressa consagração da possibilidade de citação urgente do requerido no nº 4 do artigo 114º (por remissão para os artigos 561º e [alínea f) do nº 4) do] 226 º do CPC); a possibilidade de decretamento provisório da providência no despacho liminar, oficiosamente, pelo juiz (nº 5 do artigo 116º), bem como na pendência do processo cautelar (estabelecida no nº 2 do artigo 131º, em caso de alteração de circunstâncias); a aceleração da urgência em sede de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias (novo º 3 do artigo 110º); e a limitação do número

12. Vejam-se os textos seguintes, todos inseridos na obra colectiva *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2015: Marco CALDEIRA, O contencioso pré-contratual urgente (pp. 481 ss); Sara YOUNIS MATOS, Intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (pp. 507 ss); Joana LOUREIRO, Processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias: breves notas a propósito da nova reforma do contencioso administrativo (pp. 529 ss); Fernanda MAÇÃS, O contencioso cautelar (pp. 55 ss). Veja-se também Carla AMADO GOMES, Mais uma urgência no contencioso administrativo, CJA, nº 111, 2015, pp. 3 ss (e doutrina aí citada sobre o processo urgente previsto no artigo 99º).
Sobre as soluções constantes do Anteprojecto, vejam-se ainda os textos inseridos na obra colectiva *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2014: Marco CALDEIRA, Novidades no domínio do contencioso pré-contratual (pp. 149 ss); Alexandra LEITÃO, O novo contencioso pré-contratual: em especial, o âmbito de aplicação e o prazo de propositura da acção (pp. 179 ss); Diogo CALADO, O novo regime da suspensão de eficácia de acto administrativo no âmbito das providências cautelares impugnatórias (pp. 209 ss); Carla AMADO GOMES, Uma revisão previsível..., (pp. 319 ss); Jorge PAÇÃO, Breve reflexão sobre o novo regime de convolação da intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias em processo cautelar (pp. 333 ss).

de testemunhas indicado, por qualquer das partes, a cinco, nos termos do nº 4 do artigo 118º (recorde-se que antes não havia qualquer restrição).

Em contrapartida, todavia, o legislador introduziu alterações que podem inibir o recurso à tutela cautelar, bem como tornar a sua concessão menos frequente: pensamos, por um lado, na proibição de recurso à prova pericial (nos termos do nº 3 do artigo 118º**,** *in fine* – no que constitui uma diferença relativamente à matriz do CPC) e, por outro lado, na muito comentada alteração do artigo 120º, do qual desapareceu, de uma banda, o critério da "evidência" (antes ínsito na alínea a) do nº 1)[13] e, de outra banda, a gradação do requisito da "aparência do bom direito" consoante a natureza, conservatória ou antecipatória, da providência, estando agora o critério unificado em torno do "fumus boni juris", ou seja, da probabilidade de procedência da pretensão (cfr. o nº 1 do artigo 120º, *in fine* – aqui revelando uma aproximação relativamente à matriz do CPC, nomeadamente ao prescrito no nº 1 do artigo 368º).

A propósito desta "regressão", permita-se-nos duas notas: a primeira, para sublinhar a provável inibição do recurso à tutela cautelar em domínios que envolvam análises de facto complexas e contraditórias, como o ambiente, a saúde, o urbanismo. É certo que a tutela cautelar quer-se célere e a rapidez não se compagina facilmente com debates demorados em torno de riscos sobre os quais reina a incerteza na comunidade científica. Contudo, não sendo a qualificação dos riscos uma matéria de inteligibilidade judicial, a impossibilidade do recurso a peritos encosta o julgador a uma verdade única - que será normalmente a da entidade que tomou a decisão, que agiu ou que omitiu -, impedindo a caracterização do fundado receio de lesão do interesse defendido pelo requerido. Sob pena de uma amputação de tutela que pode atingir sensivelmente tanto direitos subjectivos como interesses difusos, uma forma de contornar este défice será, porventura, admitir a aplicação dos artigos 50º e 601º do CPC, que prevêem a possibilidade de advogados e juízes se fazerem assessorar tecnicamente, respectivamente[14].

A segunda nota vem na esteira das considerações de vários autores que já se pronunciaram sobre a *reductio ad unum* dos critérios antes previstos nas alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 120º, todas convergentes no sentido de que tal mudança

13. Sobre esta disposição e a controvérsia que em torno dela se gerou, nomeadamente por permitir, aparentemente, prescindir da urgência (ou presumir a urgência) em nome da defesa da legalidade, Mário AROSO DE ALMEIDA, Manual de Processo Administrativo, Coimbra, 2010, pp. 481 ss.
Ver recentemente, na justiça administrativa, casos de não aplicação do preceito, nos Acórdãos do TCA-Sul de 14 de Janeiro de 2016, proc. 12849/15; e de 12 de Fevereiro de 2016, proc. 12862/16.

14. A sugestão é feita por Sofia DAVID, A aproximação e a articulação entre o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e o Código de Processo Civil, in Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2016, pp. 103 ss, 134. Hesitamos, no entanto, em aderir a esta sugestão, uma vez que parece querer deixar entrar pela janela aquilo que se expulsou pela porta – e isto mesmo tendo em conta que estamos a falar de níveis de acréscimo de inteligibilidade processual diversos, uma vez que a assessoria não supre uma análise pericial.

agravará as possibilidades de concessão de providências cautelares, sobretudo conservatórias, pelos tribunais administrativos[15]. Unificar os critérios pelo padrão mais exigente tenderá a tornar mais escassa a concessão de providências que visam apenas a manutenção da situação do requerente até decisão final do litígio, por se lhe exigir a caracterização da probabilidade de procedência do pedido principal – e não apenas a não improbabilidade desta, para que apontava o "fumus non malus" antes previsto na alínea b) do nº 1 do artigo 120º.

Claro que esta unificação pela matriz do CPC só é questionável pela regressão que traduz. Por outras palavras, se em 2002/2004 o legislador tivesse apenas inscrito no CPTA a previsão que consta agora do nº 1 do artigo 120º, esta comoção não despontaria, remetendo-se para o prudente critério do julgador, com base numa avaliação fundamentalmente baseada em juízos de necessidade e adequação, a concessão ou não de tutela cautelar na dupla modalidade conservatória ou antecipatória[16]. Porém, sobrevindo esta novidade na reforma de 2015, a nova norma pode traduzir um efectivo decréscimo de procedência em pedidos cautelares. Fazendo nossas as palavras de Fernanda MAÇÃS, "na perspectiva das situações que objectivamente impõem ao requerente maiores exigências de prova, como é o caso da obtenção de medidas antecipatórias, considera-se que o legislador andou bem [ou que envolvem juízos de prognose por parte do Tribunal[17]]. No entanto, do lado das providências conservatórias, em que 'a lei se bastava com um juízo negativo de não improbabilidade' da procedência da acção principal, pode revelar-se desproporcionada a exigência de um *fumus* positivo, com reflexos negativos para a tutela judicial efectiva nesta sede"[18].

15. Neste sentido, Sofia DAVID, A aproximação..., 133; Fernanda MAÇÃS, O contencioso cautelar, pp. 567-571.

16. Defendendo, antes da reforma de 2015, a unificação de critérios pela bitola do CPC, Jorge Manuel LOPES DE SOUSA, Alguns obstáculos..., pp. 73-74. O Autor afirma (em 2011) que "parece não haver justificação razoável para se adoptar um regime mais permissivo do que o previsto no CPC, dispensando a probabilidade séria exigida pelo nº 1 do seu artigo 387º, pois, para além de o interesse público omnipresente nas relações jurídicas administrativas, que pode ser afectado com a adopção de providências cautelares, apontar no sentido de ser curial uma amor exigência a nível dos requisitos, a maior facilidade de obtenção de tutela cautelar incrementa tendencialmente a formulação dos respectivos pedidos, com prejuízo para o normal funcionamento do serviço público de justiça administrativa, a nível de decisões nos processos principais, que deve ser o seu objetivo principal".

17. Um caso particularmente curioso quanto à concessão de tutela antecipatória foi analisado em última instância pelo STA no Acórdão de 22 de Maio de 2014, proc. 01412/13. Tratou-se de um pedido de cativação provisória de uma vaga para médico militar pelo SNS, num domínio de ampla discricionariedade, no âmbito do qual todos os anos o número de vagas é redefinido pelo Ministério da Saúde. O Supremo, em revista excepcional, negou a pretensão do recorrente, afirmando que "Por força do princípio da separação de poderes, a intervenção cautelar substitutiva ou condenatória do juiz administrativo depara-se com um limite fundamental, não podendo substituir-se à Administração ou violar o núcleo essencial da sua autonomia, no âmbito da escolha discricionária dos interesses ou valorações técnicas que lhe estão reservados por lei" (ponto II do sumário). E adita ainda que "Mesmo sem os limites apontados decorrentes do princípio da separação de poderes, a satisfação da pretensão do recorrente em sede cautelar significaria esgotar o objecto da acção principal ou ir **para** além do que aí se poderia obter, pondo-se em causa as características da provisoriedade e da instrumentalidade das providências cautelares" (ponto IV do sumário).

18. Fernanda MAÇÃS, O contencioso cautelar, p. 570.

b.) O legislador da reforma de 2015 decidiu pôr fim ao complexo processo bifásico de decretamento provisório da providência, regulado no artigo 131º. Note-se que para proceder ao decretamento provisório, o julgador não atende plenamente aos critérios do artigo 120º, resumindo a sua apreciação ao *periculum in mora*, isto é, à possibilidade de se constituir uma situação de facto consumado, como estatui o nº 1 do artigo 131º. Esta apreciação perfunctória do perfunctório leva a que os requeridos possam, até decisão da providência cautelar e através de requerimento fundamentado, fazer inverter este juízo, nos termos do nº 6 do artigo 131º, remetendo-se então para os critérios de ponderação de manutenção, supressão ou substituição da providência provisoriamente concedida ínsitos no nº 2 do artigo 120º.

O que aqui choca, na verdade, não é esta possibilidade, mas antes a ausência dela no paralelo próximo do artigo 128º, que rege a suspensão da eficácia de actos (e normas)[19]. Mesmo após a chuva de críticas doutrinais sobre a insensibilidade do legislador aos interesses dos contra-interessados no âmbito do regime daquela providência[20] – claramente "datado" de um tempo em que os actos eram sobretudo bilaterais –, o legislador da reforma manteve a suspensão de eficácia blindada à intervenção daqueles, arredando-os da discussão sobre os prejuízos sofridos em razão da continuação de execução do acto suspendendo. Na verdade, enquanto o nº 1 do artigo 131º remete para o artigo 117º – admitindo a citação de contra-interessados no âmbito da continuação do processo cautelar em que a providência já está provisoriamente decretada para que se lhe possam opor, de acordo com o nº 6 do artigo 131º –, o artigo 128º, ao regular especificamente a suspensão da eficácia, parece impedir a ponderação de interesses outros que o "interesse público" na execução do acto.

Note-se que, em bom rigor, o artigo 128º pressupõe um despacho liminar favorável, nos termos do artigo 116º, e a subsequente citação da entidade requerida e dos eventuais contra-interessados, segundo o disposto no nº 1 do artigo 117º. O problema é que o nº 3 do artigo 128º faz depender a decisão do juiz sobre a manutenção ou levantamento da suspensão provisória do acto apenas da apreciação das razões invocadas pela Administração na resolução fundamentada, descartando quaisquer outros argumentos. E nem se diga que o artigo 131º, pela sua potencial aplicação a *qualquer* providência cautelar – por isso está mal arrumado nas disposições particulares, melhor figurando entre os artigos 116º e 117º[21] – , pode esvaziar o artigo 128º, eliminando este problema. Este raciocínio não procede em virtude da "especial urgência" que pressupõe o decretamento provisório, que o circunscreve a situações, se não excepcionais, seguramente especiais.

19. Veja-se que o nº 2 do novo artigo 103ºA igualmente veicula a intervenção dos contra--interessados em sede de suspensão automática de actos (e da execução do contrato) no âmbito do contencioso pré-contratual.

20. Vejam-se, entre outros, Pedro GONÇALVES e Bernardo AZEVEDO, Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do artigo 128º, nº 2 do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante, CJA, nº 90, 2011, pp. 3 ss, e Esperança MEALHA, O contra-interessado e o artigo 128º do CPTA, Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos, coord. de Fernanda Paula Oliveira, Coimbra, 2012, pp. 613 ss.

21. Bem assim como a produção antecipada de prova (artigo 134º), que não é, sequer, uma providência cautelar (uma vez que não promove qualquer composição provisória do litígio).

c.) A introdução da regra do juiz singular na primeira instância deixou desfasada a possibilidade aberta pelo artigo nº 3 do artigo 119º. Com efeito, não faz sentido admitir-se que uma providência cautelar, que é um processo acessório por essência, possa ser objecto de uma apreciação mais solene e possa assumir mais complexidade do que uma causa principal. Nesta linha de raciocínio, a solução é criticada por Carlos CARVALHO, que a apoda de "contrassenso" por permitir que a decisão num processo instrumental possa ser prolatada em conferência quando a decisão principal emana de um juiz singular[22]. Perguntamo-nos, no entanto, e apesar de ter (parte da) a letra contra nós, se a solução não faria sentido para os casos de sumarização da tutela (ou inversão do contencioso, na expressão do CPC: artigo 369º), veiculada pelo artigo 121º - pelo menos nos casos complexos que requeiram tutela mais urgente -, para legitimar decisões em que a rapidez na administração da justiça pode amputar a sua qualidade. Claro que esta reflexão, em coerência, levaria a determinar o julgamento de todas as acções sumárias por um tribunal colectivo – o que neste momento não acontece[23] -, criando um novo paradoxo. Ou talvez não, se convocarmos a necessidade de ultra-legitimar tais decisões em razão da sua rapidez.

d.) Na redacção de 2002/2004, o nº 2 do artigo 112º dispunha o seguinte: "Além das providências especificadas do Código do Processo Civil, com as adaptações que se justifiquem, nos casos em que se revelem adequadas, as providências cautelares a adoptar pode consistir designadamente...". Com a revisão de 2015, esta remissão desaparece. A alusão ao CPC fazia crer numa subsidiariedade específica em sede cautelar que se traduziria nesta sequência: perante uma situação que reclamasse tutela cautelar, em primeiro lugar, deveria averiguar-se se no CPC havia providência especificada útil (com adaptações, se necessário)[24]; em segundo lugar, e na negativa da primeira, cumpria descortinar a existência de providência especificada (não apenas nominada) no CPTA; por fim, em terceiro lugar e na negativa das primeira e segunda, avançar-se-ia para a eleição de uma providência não especificada (nominada ou não) com sede no CPTA.

Este caminho assentava, portanto, numa dupla subsidiariedade: em primeiro lugar, a subalternização das providências do CPTA em face do CPC, indicada pela expressa remissão constante do artigo 112º – e que, a ser uma subsidiariedade simples, se bastaria com a cláusula ínsita no artigo 1º –, porventura explicada

22. Carlos CARVALHO, Alterações ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, in Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2016, pp. 51 ss, 72. O autor propugna que melhor teria sido manter a possibilidade de julgamento das acções não urgentes por um tribunal colectivo, atendendo à sua complexidade e a pedido de qualquer das partes (p. 71).

23. Nem, sublinhe-se, acontecia no regime anterior. Sobre este ponto, ver o Acórdão do TCA-Sul de 14 de Agosto de 2013, proc. 10238/13, no qual se decidiu que "A sentença proferida nos presentes autos, porque conheceu do mérito do pedido, assume a natureza de processo principal, mas porque assenta na urgência da resolução do litígio, mantém a sua natureza de processo urgente, tornando-se num processo principal urgente a que não é aplicável o disposto no nº 3 do artº 40º do ETAF, mas antes o estabelecido no nº 1 do citado preceito, cabendo o seu respectivo julgamento ao juiz singular" (ponto 4 do sumário).

24. Sobre tutela cautelar no CPC, por último, Marco CARVALHO GONÇALVES, Providências cautelares, Coimbra, 2015, *passim*.

pela grande abertura promovida pela reforma de 2002/2004 em sede de justiça urgente e pela concomitante necessidade de fornecer guias aos actores no contencioso administrativo; em segundo lugar, a ditada pela regra da preferência de providências especificadas sobre as não especificadas, consagrada no nº 3 do artigo 362º do CPC[25]. Este percurso permitia, por exemplo, aplicar a providência de arbitramento de reparação provisória, prevista no artigo 388º do CPC, pelos tribunais administrativos, em sede de acções de efectivação de responsabilidade civil extracontratual propostas contra entidades públicas, em caso de dano morte, lesão corporal, ou direito à habitação ou à alimentação – preferindo a uma providência não especificada, uma vez que o objecto da providência descrita no artigo 133º não é idêntico. O mesmo raciocínio vale para a utilização da providência de restituição provisória de posse – que é, afinal, uma providência nominada mas não especificada (*vide* o artigo 379º do CPC) – no âmbito de uma acção condenatória da Administração a retirar-se de um terreno do qual tomou posse urgente sem qualquer fim de interesse público válido.

Ora, em nossa opinião, as modificações introduzidas no artigo 112º – sobretudo se lidas no seu contexto sequencial –, reduzem o âmbito de possibilidades de tutela cautelar por recurso às providências do CPC, cujo elenco (exemplificativo, é certo) já inclui as três providências especificadas que o legislador considerou terem mais potencial de aplicação no contencioso administrativo. É certo que pode sempre defender-se que a subsidiariedade geral assente no artigo 1º do CPTA continua a permitir a extensão anterior – mas esse entendimento contraria o que parece ser uma vontade do legislador em restringir o recurso à lei processual civil.

Note-se, ainda, que em sede de embargo de obra nova, hoje expressamente importado para o CPTA na alínea g) do nº 2 do artigo 112º – cuja mais valia reside na possibilidade de ser decretado extrajudicialmente (cfr. o artigo 397º do CPC) – se verifica uma subsidiariedade específica, no que poderia ser descrito como um efeito *boomerang*. Na verdade, o CPTA, sempre que se tratar de obras promovidas por entidades públicas, remete para uma disposição que volta a remeter para a lei processual administrativa – o artigo 399º do CPC[26]. Em contrapartida, já quando a obra estiver a ser desenvolvida por particulares, este impedimento não se coloca, podendo o embargo ser requerido, desde logo na modalidade extrajudicial – com especial utilidade nas obras clandestinas ou objecto de "autorização" por comunicação sem prazo. Nestes casos, no entanto, cumpre assinalar que a preferência pelo contencioso administrativo deverá assentar na prova da advertência da Administração a quem incumbe a fiscalização (ex post) da actuação ilícita, nos termos do artigo nº 3 do artigo 37º. Ora, tal advertência prévia pode tolher a necessária urgência da actuação, arrastando os contendedores para a justiça civil.

25. Sobre este ponto, veja-se Rita LYNCE DE FARIA, A função instrumental da tutela cautelar não especificada, Lisboa, 2003, pp. 39-66

26. O que não impede, em nossa opinião, que sejam deduzidas providências cautelares tendentes à condenação na abstenção de continuação de conduta ilícita, nomeadamente através da providência nominada e não especificada a que alude a alínea i) do nº 2 do artigo 112º.

Esta constatação, a ser acertada, deixa o embargo de obra nova algo acantonado no contencioso administrativo. Ou seja, restrito, por um lado, a situações nas quais se requeira a suspensão de eficácia de uma autorização de construção (contra a Administração), cumulada com um embargo de obra nova (contra o particular titular daquela) – o que, desde logo, nos provoca a interrogação sobre os efeitos de uma resolução fundamentada no âmbito do artigo 128º (aqui, aparentemente, infundamentada...) no pedido de embargo. Por outro lado, a utilização do embargo por pessoas colectivas contra particulares, prevista no artigo 398º do CPC, poderia revelar-se particularmente útil em face da alteração do paradigma de execução introduzido pelo novo Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA)[27] – porém, a sobrevigência das normas do anterior CPA em razão da não publicação da lei a que se refere o artigo 8º do diploma preambular que aprovou o Código deixam (pelo menos por ora) imprestável esta possibilidade[28].

3. O acentuar das metamorfoses no seio da tutela urgente

Metamorfoses por excelência no sistema de justiça cautelar administrativo são, e continuam a ser, de três tipos, como já avançámos *supra*: a metamorfose de um processo sumário em cautelar, e vice-versa (artigos 109º e 131º; e 121º, do CPTA, respectivamente) – (***a.***); a metamorfose de um processo cautelar urgente em ultra-urgente, e vice versa [nºs 3 e 6 (*a contrario*) do artigo 131º do CPTA, respectivamente] – (***b.***); e a metamorfose de pedidos dentro de um processo cautelar, podendo o requerente pedir providências que não virão a ser decretadas por serem substituídas (e cumuladas com) por outras (nºs 2 e 3 do artigo 120º do CPTA) – (***c.***). Deixaremos alguns apontamentos relativamente a cada uma destas hipóteses.

a.) A transmutação de um processo sumário em cautelar acontece por força da não verificação da indispensabilidade – jurídica ou fáctica – da concessão de uma intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias em face da hipótese de salvaguarda do exercício útil do direito através de uma providência cautelar – normalmente antecipatória. O legislador clarificou em 2015 a possibilidade de trânsito entre os dois patamares com a introdução do artigo 110ºA, que permite a substituição da petição sumária por um pedido de justiça cautelar. Não se trata, como seria concebível, de uma convolação, mas de uma substituição do pedido pelo requerente – nem no nº 1 do artigo 110ºA, nem no nº 2 do mesmo preceito.

Esta opção terá sido ditada pelo respeito pelo princípio do pedido mas, segundo Joana LOUREIRO, reduz o índice de tutela do requerente por não veicular, em ambas as situações, a mesma solução de decretamento oficioso[29], unificando o regime de acordo com o paralelo do nº 1 do artigo 131º. Concordamos com a

27. Cfr. Carla AMADO GOMES, A execução do acto administrativo no CPA: tudo como d'antes?..., RMP, nº 143, 2015, pp. 105 ss (e doutrina aí citada).

28. Cfr. também o nº 1 do artigo 364º do CPC, *in fine*.

29. Joana LOUREIRO, Processo de intimação..., pp. 546-547.

autora em que, no âmbito da justiça cautelar, o *periculum in mora* faz sobressair o resultado mais do que o meio. Do nosso ponto de vista, no entanto, a questão da harmonização não se coloca aqui, pois no artigo 131º regula-se uma *modalidade* de decretamento de tutela cautelar, enquanto no artigo 110ºA se estabelece (a mais) sobre a *transformação* de um pedido sumário em um ou vários pedidos cautelares, especificados e o/ou não especificados. Por nós, o que começamos por desgostar no novo artigo 110ºA é a solução do nº 3, pois teríamos preferido que se consagrasse uma solução de convolação oficiosa devido à especial urgência – sem que fosse imperativa a substituição da petição. Ou seja, na falta de substituição em cinco dias, a providência decretada provisoriamente pelo juiz deveria apenas ser ratificada pelo requerido (repare-se que o nº 3 do artigo 120º, em sede de tutela urgente, concede ao juiz, sem qualquer ónus de substituição para o requerente, a possibilidade de alterar e cumular providências – **é** certo que ouvindo as partes) ou, caso o requerente entendesse, substituída[30].

Assinale-se, todavia, que o desdobramento admitido pelos nº 2 e 3 do artigo 110ºA entra em contradição com o estatuído no nº 1 do artigo 109º. Isto porque, salvo melhor reflexão, ao colocar 109º e 131º em relação de subsidiariedade, o legislador presume (e impõe) a extrema urgência no uso do meio – o que, em bom rigor, impediria a substituição da petição admitida nos termos do nº 1 (por se tratar de uma urgência simples) e atirar-nos-ia para um caso de indeferimento da petição de intimação "por manifesta falta de fundamento da pretensão formulada" (nos termos da alínea d) do nº 2 do artigo 116º, admitindo que se aplica em sede de intimação). Ora, com o novo artigo 110ºA, alarga-se a subsidiariedade da intimação, pondo-a em articulação quer com a tutela urgentíssima, quer com a tutela urgente. O que, mais uma vez salvo melhor reflexão, acaba por flexibilizar o uso da intimação, ao reduzir o índice de urgência que lhe pode estar subjacente – ou seja, fazendo sobrelevar a ponderação da indispensabilidade da tutela sumária sobre a urgência da mesma[31].

Já a metamorfose de um processo cautelar em sumário ocorre por via da plataforma do artigo 121º, que sofreu duas alterações significativas com a reforma de 2015[32]. Por um lado, passou a aplicar-se não apenas em razão do

30. Neste caso, deveria haver substituição da petição com indicação da(s) providências a requerer, caducando a providência provisoriamente decretada pelo juiz e seguindo-se os trâmites do processo cautelar normal.

31. De algum modo, do antecedente, a possibilidade de a intimação, sem deixar de o ser, poder seguir uma tramitação mais demorada em razão da sua complexidade (cfr. o nº 2 do artigo 110º), aponta para que a gradação de urgência sempre esteve presente – hoje, ainda mais claramente do disposto nos nºs 1, 2 e 3 do artigo 110º revisto –, devendo prevalecer a intimação sobre a providência cautelar + acção principal em razão do resultado e não tanto da urgência, urgente ou urgentíssima.

32. Uma aplicação do mecanismo de sumarização veiculado pelo artigo 121º, na sua versão inicial, pode ver-se no Acórdão do TCA-Sul de 30 de Abril de 2015, proc. 12102/15, no qual o Tribunal obtemperou que "No regime do artº 121º nº 1 CPTA e dependente da casuística de cada caso concreto, a convolação do processo cautelar em processo urgente principal repousa no juízo de verificação de insuficiência da providência cautelar requerida para responder à tutela da posição jurídica do Requerente, fundada na aparência do bom direito alegado" – disponível em http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/4dfa9c93c6c383ad80257e3c00397729?OpenDocument&Highlight=0,121º,do,CPTA

periculum in mora agravado, mas também em casos em que a clareza do factos e a objectividade do Direito aplicável (nas palavras do artigo 121º, "a simplicidade do caso") admitam uma resolução definitiva. Por outro lado, a norma passou a incluir a referência a um pressuposto que não era claro na versão inicial: falamos da existência de uma acção principal, intentada com ou após a apresentação do pedido cautelar.

A primeira alteração levanta-nos a questão sobre se não se estará aqui a dar uma possível cobertura às situações de ilegalidade evidente – "palmar" ou "incontroversa", na formulação do Supremo Tribunal Administrativo[33] —, a que aludia a alínea a) do nº 1 do artigo 120º, revogada pelo legislador em 2015. Como critério de decisão, o critério da "evidência" era questionável[34], pois no limite podia levar a autonomizar um *tertium genus* de providência cautelar, em que a ilegalidade manifesta presumia a urgência na concessão de cautela[35]. Colocada a questão nos termos do renovado artigo 121º, porém, não é descabido pensar que ele poderá veicular a sumarização da tutela quando dos dados carreados para o processo resulte a manifesta ilegalidade do acto/norma e esteja caracterizada a urgência na sua remoção para evitar danos na esfera jurídica do requerente.

Quanto ao segundo ponto, julgamos dever realçar que a não menção expressa à existência de uma acção principal concedia mais liberdade – e impunha mais responsabilidade, claro – ao julgador, que tinha mais margem de manobra para ponderar da admissibilidade da sumarização do processo. Conforme assinalou Dora LUCAS NETO, da anterior redacção não resultava implícita a propositura do meio principal e ainda que esta estivesse pendente, "a antecipação do juízo sobre a causa principal implicará, naturalmente, como consequência necessária e lógica a inutilidade superveniente dessa acção, prejudicando as posteriores fases processuais próprias da acção principal, designadamente, determinando o não oferecimento de alegações"[36]. Ao fechar a possibilidade- não comum, reconhece-se – de, a partir de apenas uma petição cautelar, se conseguir visionar e justificar a resolução definitiva do litígio, mesmo que de uma solução de tutela antecipatória se tratasse, o legislador retrocedeu no passo dado em 2002/2004 e abriu agora uma clivagem pouco clara em face do mecanismo de inversão do processo acolhido pelo CPC no artigo 369º[37].

---

33. Entre outros, vejam-se os Acórdãos do STA de 19 de Março de 2015, proc. 037/14, e de 4 de Novembro de 2010, proc. 0755/10

34. Cfr. Jorge Manuel LOPES DE SOUSA, Alguns obstáculos..., 65-70.

35. Mário AROSO DE ALMEIDA (Manual..., p. 483) observava que "na realidade, o preceito consagra uma *modalidade de tutela sumária* que – embora acessória em relação a um processo principal e precária, porque apenas baseada num *fumus boni juris* (no que se diferencia da situação prevista no artigo 121º, que já assenta num juízo definitivo sobre o mérito da causa) – se diferencia da tutela cautelar pelo facto de ser motivada pelo propósito de proteger quem se afigure evidente que tem razão no processo principal...".

36. Dora LUCAS NETO, Notas sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal (um comentário ao artigo 121º do CPTA), Revista de Direito e de Regulação, CEDIPRE, nº 1, 2009, pp. 55 ss, 57 – disponível em http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/rdpr/revista_1.pdf

37. O qual, curiosamente, tendo sido introduzido na reforma do CPC de 2013, parece ter sido influenciado pelo artigo 121º do CPTA, embora a sua fonte mais directa seja o artigo 16º do Decreto-Lei nº 108/2006, de 8 de Junho, que aprovou o Regime Processual Civil de natureza experimental/acções declarativas (hoje revogado pela Lei 41/2013, de 26 de Junho). Sobre as

b.) As mutações podem também acontecer de forma menos intensa, ou seja, dentro do mesmo tipo de processo urgente, variando apenas a resposta em função do grau de urgência invocado. É o que se passa quando um processo cautelar urgente passa a ultra-urgente, nos termos do nº 1 do artigo 131º, quando o juiz decreta provisoriamente a providência *ex officio*, reconhecendo uma especial urgência na administração de tutela cautelar e, ao contrário, quando é requerida tutela urgentíssima nos termos do artigo 131º mas o grau de urgência não é assim reconhecido pelo juiz e, consequentemente, este não decreta provisoriamente a providência e manda seguir os termos do processo cautelar normal.

Estas mutações não nos suscitam nenhum comentário do ponto de vista do princípio do pedido, uma vez que, em regra, não estarão em causa pedidos diversos[38] – nem, como se disse atrás, a questão do pedido releva em sede cautelar do mesmo modo que em sede principal, devendo antes atender-se ao resultado obtido com a cautela concedida em face do *periculum in mora* caracterizado. O que pode estar em jogo aqui é o princípio da igualdade de armas (cfr. o artigo 6º), uma vez que o juiz toma o partido do requerente quer assegurando tutela mais urgente do que a requerida, quer substituindo a providência eleita por este por uma mais eficiente na salvaguarda do resultado final da lide principal, de certa forma induzindo já o sentido da decisão no processo cautelar.

VIEIRA DE ANDRADE sugeria, na versão anterior do artigo 131º, a possibilidade de decretamento oficioso, "pelo menos" quando estivesse em causa a defesa de direitos, liberdades e garantias[39] – de certa forma, acrescentaríamos nós, numa linha argumentativa passível de sustentar casos paralelos em que este princípio parece estar em colisão com a solução acolhida na norma, como sucede com a previsão do nº 3 do artigo 95º[40], com o nº 5 do artigo 120º, *in fine*, ou ainda com o nº 2 do artigo 85º (aqui em sede de poderes do Ministério Público). Julgamos que a atribuição desta competência deveria, de facto, ser balizada em termos de materialidade do interesse, sob pena de banalização da tutela urgentíssima e de atentado ao princípio de igualdade de armas (ainda que a situação possa ser revista a pedido do requerido e de eventuais contra-interessados, de acordo com o nº 6 do artigo 131º). A preferência do julgador deveria exercer-se em função da dignidade objectiva do interesse em litígio, e aí tanto caberiam direitos, liberdades e garantias (os mesmos que se defendem pela via da intimação do

diferenças entre o artigo 16º citado e o preceito actualmente em vigor no CPC, Paula COSTA E SILVA, Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar, A reforma do processo civil 2012, RMP – Cadernos, 11, 2012, pp. 139 ss.

38. Mas pontualmente podem estar, pois o nº 1 do artigo 131º admite que o juiz conceda provisoriamente providência diversa da requerida, se a considerar mais "adequada".

39. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, A Justiça Administrativa (Lições), 8ª ed., Coimbra, 2006, p. 368.

40. Leiam-se as reflexões de Mário e Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA, Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Anotados, I, Coimbra, 2004, pp. 552-554 (questionando sobretudo a compatibilidade da norma com o princípio dispositivo, mas com uma dimensão que nos parece também abranger questões relacionadas com a igualdade de armas – sobretudo quando referem que, com estes poderes, o juiz "desce do seu lugar próprio à barra do tribunal").

artigo 109º) como interesses difusos (aqui podendo-se invocar também, além da metaindividualidade do interesse, o disposto no artigo 17º da Lei 83/95, de 31 de Agosto).

c.) Finalmente, a propósito da metamorfose de pedidos dentro de um processo cautelar, que pode levar a que sejam decretadas mais providências ou outras providências que não as requeridas, isso pode ocorrer no âmbito dos nºs 2 e 3 do artigo 120º do CPTA. Estas disposições convocam novamente a questão do princípio do pedido, aqui, todavia, neutralizado quer em razão da necessidade de atender ao princípio da proporcionalidade na administração de tutela interina, quer em face da audição das partes, a que o juiz está adstrito.

Assinale-se que esta possibilidade de substituição e cumulação não existe no âmbito do CPC, que apenas admite a alteração do quadro de providências solicitado, a pedido do requerido, por uma caução (cfr. o nº 3 do artigo 368º). O CPTA é bem mais favorável à concessão de justiça cautelar ao veicular esta hipótese de "negociação" da providência a conceder, pois em vez de – como no plano processual civil sucede – negar a providência requerida quando esta exceder consideravelmente em dano para o requerido o benefício que o requerente dela irá retirar, permite a reconformação da solução, em diálogo com as partes, por forma a minimizar o dano para o requerido salvaguardando ainda o interesse do requerente em assegurar a utilidade da decisão final.

4. A metamorfose que falta

Uma vez passada em rapidíssima revista a reforma de 2015 em sede de justiça urgente, sentimos uma falta: um processo executivo urgente, que prolongue em sede executiva a urgência manifestada no processo declarativo. Note-se que o nº 4 do artigo 36º sentiu a necessidade de sublinhar que, no plano dos recursos das decisões que decidam processos urgentes, os prazos são substancialmente encurtados, nos termos do artigo 147º. Ora, semelhante particularização não ocorre para a fase executiva, o que, mal grado a existência de sanções compulsórias aplicáveis ao titular do órgão em falta, bem como a sua responsabilização civil, disciplinar e penal (cfr. o nº 2 do artigo 158º, e o nº 1 do artigo 169º), se pode revelar nocivo para a efectividade da tutela do direito do requerente.

***