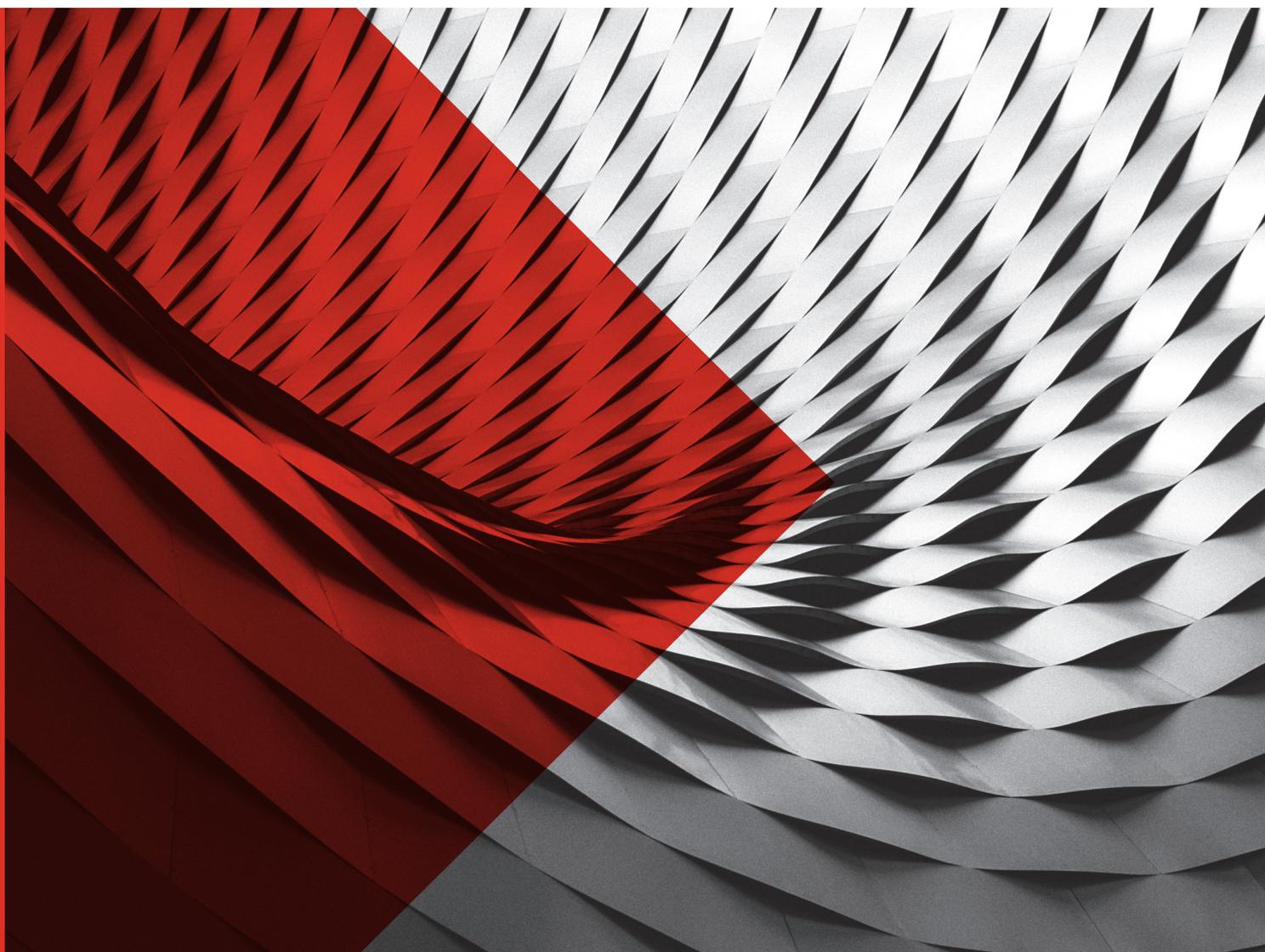


A CONDENAÇÃO À ABSTENÇÃO DE COMPORTAMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

RUI LANCEIRO



A CONDENAÇÃO À ABSTENÇÃO DE COMPORTAMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS*

RUI LANCEIRO**

I. Introdução

1. A recente reforma do contencioso administrativo teve como um dos seus objectivos primordiais dar plena realização à exigência constitucional da garantia de uma tutela jurisdicional efectiva dos administrados face à Administração, consagrada nos artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, da Constituição¹. Para que tal desígnio se concretize, a cada direito ou interesse legalmente protegido deve corresponder um meio de tutela judicial.

2. O princípio da tutela jurisdicional efectiva é um corolário do princípio da tutela da dignidade humana e da tutela da confiança². Todas as pessoas devem poder recorrer aos tribunais quando os seus direitos ou interesses legalmente protegidos são atacados ou ameaçados sob pena de criação de um sentimento de insegurança, face ao Estado e face à comunidade, e de falta de efectividade desses mesmos direitos e interesses – o que atentaria contra a sua própria

¹ * O presente trabalho foi publicado nos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 1147-1204.

O presente trabalho tem por base o relatório de mestrado apresentado na disciplina de Direito Administrativo B, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência da Prof. Doutora Maria da Glória Garcia, no ano lectivo 2006/2007, com o título «“Ouvir Cassandra” ou “Alto em nome da Lei!” – A condenação à abstenção de comportamentos e as políticas públicas de ordenamento do território e urbanismo». O presente trabalho foi discutido, em diversos estádios do seu desenvolvimento, com o Prof. Doutor Sérvulo Correia, com a Prof. Doutora Maria da Glória Garcia e com a Prof. Doutora Carla Amado Gomes, a quem agradeço os seus inestimáveis contributos. Agradeço igualmente, e em especial, ao António Cadilha e ao Tiago Fidalgo de Freitas.

** Assistente convidado e doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 145 ss.; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 177 ss.; D. FREITAS DO AMARAL / M. AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 13 ss..

² Sobre a relação entre a tutela jurisdicional administrativa subjectiva e o princípio da dignidade da pessoa, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, Lex, 2005, pp. 718 ss..

dignidade enquanto pessoas. Redundaria no sentimento de se encontrarem indefesas no complexo mundo moderno. A garantia de uma tutela jurisdicional é um dos elementos que permite a cada um de nós sentir segurança e confiança no futuro – mas terá que ser, como é óbvio uma tutela *efectiva*. Esta exigência constitucional, que não estava plenamente garantida pelo antigo regime do contencioso administrativo, veio agora a ser satisfeita com a consagração, entre outros, de meios omnicompreensivos de obtenção de uma pronúncia jurisdicional, exercidos no âmbito de um verdadeiro processo de partes, sem restrições dos meios de prova admissíveis ou dos pedidos cumuláveis, oferecendo amplas garantias de protecção cautelar, bem como um processo executivo capaz de assegurar o efectivo cumprimento das decisões judiciais proferidas.

Outrora relegados à condição de meros administrados – *sujeitos passivos* de uma relação de poder –, os cidadãos encontram-se hoje, de facto, na situação de litigantes combatendo com paridade de armas no processo jurisdicional dos tribunais administrativos e fiscais.

3. Para alcançar esse desígnio, a reforma do contencioso consagrou várias excepções à necessidade de decisão administrativa prévia para recorrer ao contencioso, avançando-se também no sentido do reforço dos poderes de pronúncia do juiz administrativo. O melhor exemplo dessa evolução foi a consagração da possibilidade de obtenção da *condenação* da Administração em comportamentos e prestações, bem como na prática de actos administrativos devidos. Os cidadãos que necessitem de protecção judicial deixam de ser obrigados a esperar por actos administrativos ou pela sua ficção para só depois os impugnam. Estes novos poderes, essenciais à plenitude da tutela oferecida, resultam da evolução do sentido dado ao princípio da separação de poderes entre Tribunais e Administração (que estava na origem da construção do contencioso administrativo como um contencioso limitado, de mera anulação), no sentido de um equilíbrio de poderes, que não exclui, antes pelo contrário, implica a colaboração, cooperação, interpenetração e controlo mútuo dos vários poderes entre si.

É neste cenário que surge a possibilidade de protecção preventiva, rara num modelo de “administração executiva” como o nosso tradicionalmente é classificado.

4. Um dos outros meios novos que surgiu com a reforma do contencioso para assegurar essa tutela efectiva está consagrado no artigo 37.º, n.º 2, alínea c)³, e traduz-se na admissibilidade de pedidos que tenham como objecto a condenação de algum particular ou alguma entidade administrativa à adopção ou abstenção de um determinado comportamento. Também o artigo 2.º, n.º 2, alínea e), pode ser interpretado de forma a assegurá-lo⁴.

5. A consagração deste mecanismo processual tem consequências importantes ao das áreas da actuação administrativa com consequências especialmente significativas para a esfera pessoal e patrimonial das pessoas, como, por exemplo, o ordenamento do território e do urbanismo, o ambiente ou a saúde pública. De facto, por vezes, o mero anúncio ou promessa que um determinado acto vai ser praticado ou uma determinada norma regulamentar vai ser alterada é, neste âmbito, suficiente para ter consequências especialmente gravosas ao nível dos administrados. Por exemplo, a mera informação de que um determinado terreno vai passar a ser considerado espaço verde tem implicações imediatas junto à esfera patrimonial do proprietário desse terreno e dos terrenos que o circundam⁵.

6. Esta investigação centra-se no instituto processual da *condenação à abstenção de um comportamento*, procurando analisar as razões que justificam a sua consagração legislativa, os pressupostos da sua aplicabilidade e o seu regime processual.

³ Todos os artigos citados sem referência a uma fonte devem-se considerar pertencentes ao CPTA.

⁴ Existe, no entanto, uma certa contradição entre as duas previsões. Enquanto o artigo 2.º, n.º 2, alínea c) se refere ao «reconhecimento do direito à abstenção de comportamentos», o artigo 37.º, n.º 2, alínea c), prevê a «condenação à adopção ou abstenção de comportamentos». VIEIRA DE ANDRADE refere que este facto «parece revelar uma certa “dislexia” legal que, apesar de compreensível, deve ser corrigida» (J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 5.ª edição, Coimbra, 2004, p. 183, nota 324). Discorda-se deste entendimento. A diferença na letra dos preceitos significa que o artigo 2.º, n.º 2, alínea c), garante uma tutela declarativa de simples apreciação, diferente da tutela condenatória (preventiva ou não) assegurada pelo artigo 37.º, n.º 2, alínea c). A óbvia semelhança entre a letra dos dois artigos indicia que o legislador esteve indeciso entre a consagração de uma tutela preventiva meramente declarativa ou também condenatória, tendo, no final, optado pela consagração das duas, ambas no âmbito da acção administrativa comum. A primeira está prevista no artigo 37.º, n.º 2, alíneas a) e b), e a segunda no artigo 37.º, n.º 2, alínea c).

⁵ Cfr., a este propósito, JOÃO MIRANDA, *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 133 ss..

II. Enquadramento geral do instituto

A. A condenação à abstenção de um comportamento

7. Apesar de se poderem encontrar raízes distantes na justiça administrativa medieval portuguesa⁶, a via de tutela que analisamos é uma relativa novidade⁷ no contencioso administrativo português. De facto, no âmbito do regime do contencioso administrativo anterior à reforma assistia-se a um monopólio da reacção judicial *a posteriori* contra actos administrativos ou actuações da administração. A protecção judicial dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos dependia da prévia prática de um acto ou actuação lesiva, só após esse momento, *i.e.* após a prática do comportamento lesivo, é que os lesados po-

⁶ As suas raízes talvez se possam encontrar, em parte, no instituto da segurança real ou mandato de segurança real, dada pelo monarca, através dos seus juízes, aos membros da colectividade que o solicitem, por temerem ser “agravados”, “alvo de força” ou “ofendidos” por outrem, no futuro, na sua pessoa ou bens, sem razão (cfr. Ordenações Afonsinas, Liv. III, tit. 80, n.º 6, 7 e 8; Ordenações Manuelinas, Liv. III, tit. 62, n.º 5 e 6; Ordenações Filipinas, Liv. I, tit. 7, n.º 20 e Liv. V, tit. 128). Não se deve confundir a segurança real com o mandato de seguro, pedido por quem cometeu um crime, pedindo protecção real contra a *vindicta* privada dos familiares ou amigos da vítima (Ordenações Afonsinas, Liv. III, tit. 123; Ordenações Filipinas, Liv. V, tit. 130).

A segurança real permitia à «parte que se teme ou receia ser agravada por a outra parte» recorrer aos «Juízes da terra, implorando seu Ofício, que o prevejam como lhe não seja feito agravo». Poderá ainda «fora do Juízo apelar de tal cominação, pondo-se sob o poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte àquele que se teme ser agravado, que tal agravo lhe não faça». Se, depois desse requerimento, algo for cometido ou tentado, «mandará o Juiz (se for requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro estado» (Ordenações Afonsinas, Liv. III, tit. 80, n.º 7; Ordenações Manuelinas, Liv. III, tit. 62, n.º 5; Ordenações Filipinas, Liv. III, tit. 78, n.º 5). Embora as Ordenações não o afirmem expressamente, nada impede que o mandato de segurança real seja requerido para evitar actuações ilegítimas dos oficiais da Coroa (as cartas de segurança real não podem ser dadas contra um conselho, mas apenas contra pessoas determinadas – cfr. Ordenações Manuelinas, Liv. V, tit. 50, n.º 3; Ordenações Filipinas, Liv. V, tit. 128, n.º 3). De facto, nascidos como “privilégio” do rei, destinado a garantir a unidade dos mecanismos de aplicação da justiça, este instituto transformou-se em “privilégio” do reino contra actuações abusivas dos oficiais régios.

Cfr. M. GLÓRIA GARCIA, *Da justiça administrativa em Portugal – Sua Origem e Evolução*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994, pp. 126 ss e 244 ss.. Cfr. também M. CAETANO, *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 548 ss..

No entanto, este instituto da justiça medieval apresenta diferenças substanciais face à actual condenação da administração à abstenção. Efectivamente, enquanto que, neste último caso, se aprecia a questão de fundo, no primeiro, os juízes medievais limitam-se a proteger uma situação até aí pacificamente vivida, não julgando o litígio subjacente.

⁷ À luz do anterior contencioso, VASCO PEREIRA DA SILVA defendia a possibilidade da utilização da acção para o reconhecimento de direitos como uma acção preventiva de declaração (cfr. V. PEREIRA DA SILVA, “A acção para o reconhecimento de direitos”, *CJA*, n.º 16, p. 45). No entanto, a via processual referida nunca foi configurada pela doutrina como uma acção inibitória. Para uma perspectiva histórica das intimações existentes no contencioso antes da reforma de 2003-2004, cfr., C. A. FERNANDES, “Intimações”, *CJA*, n.º 16, pp. 62 ss..

diam recorrer a vias de tutela judicial. A partir da reforma do contencioso administrativo, a lei expressamente prevê uma acção principal que tutele os cidadãos antes da actuação administrativa potencialmente lesiva, antecipando a tutela judicial, de forma a garantir a sua efectividade. Passa assim a existir a possibilidade de uma tutela preventiva, ou *ex ante*, ou seja, prévia à verificação da medida lesiva, como subgénero da acção de condenação na acção administrativa comum.

8. Se é verdade que a existência de uma acção principal inibitória é, pelo menos em parte, uma novidade introduzida pela reforma do contencioso administrativo, não se pode dizer o mesmo em relação à imposição, por parte de uma pronúncia jurisdicional, de deveres de abstenção à Administração. Efectivamente, são tradicionalmente reconhecidos *i) a eficácia ultra-constitutiva*⁸ e *ii) o alcance negativo*⁹ da sentença anulatória de acto administrativo, como efeitos do respectivo caso julgado. Nesses termos, uma das consequências da emissão de uma sentença anulatória, para além da destruição dos efeitos jurídicos do acto anulado, é o surgimento do dever de a Administração se abster de renovar ou praticar um acto idêntico ao anulado – se este estiver inquinado pelo mesmo vício do acto anulado – ou de qualquer acto em que «directa ou indirectamente discorde da sentença proferida pelo tribunal»¹⁰. Assim, o caso julgado formado pela sentença projecta-se «sobre a ulterior actividade da Administração, impondo limites ao reexercício do poder ou condicionamentos ao modo pelo qual ele se processa»¹¹.

É o que MÁRIO AROSO DE ALMEIDA refere como «o dever de a Administração se conformar com as limitações que a anulação pode projectar sobre o eventual reexercício do poder manifestado através do acto anulado (respeito pelo caso julgado)»¹².

⁸ J. M. SÉRVULO CORREIA, “Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 1176- 1177.

⁹ M. AROSO DE ALMEIDA, *Sobre a autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1994, pág. 138 e *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 208 ss..

¹⁰ D. FREITAS DO AMARAL, *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 35 a 38, em especial, p. 35. Cfr. também J. M. SÉRVULO CORREIA, “Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, pp. 1177- 1178.

¹¹ M. AROSO DE ALMEIDA, *Sobre a autoridade do caso julgado*, p. 139.

¹² M. AROSO DE ALMEIDA, *Sobre a autoridade do caso julgado*, p. 15, cfr. também pp. 138 ss..

9. A acção prevista no artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*, ao admitir um pedido preventivo de tutela dirigido à emissão de sentenças de condenação à omissão de perturbações ilegais ou à imposição de deveres de abstenção, desempenha um papel crucial na efectivação do respeito pela legalidade administrativa. A actividade administrativa, na prossecução dos seus fins e na condução das políticas públicas encontra-se ainda e sempre vinculada ao princípio da juridicidade – entendido como a obrigatória obediência não só à lei formal, mas ao conjunto de vinculações e limitações decorrentes do Direito –, por inerência do princípio do Estado de Direito¹³. De facto, «toda a actividade administrativa é uma manifestação do domínio do jurídico – toda a Administração actua segundo o Direito – o direito não é só limite: é a única forma possível de manifestação dessa actividade»¹⁴. Assim, como garantia do respeito pelo Direito, toda a actividade administrativa deve estar sob o escrutínio dos tribunais.

O recurso à via judicial, no caso concreto da acção prevista no artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*, é justificado pela ameaça de lesão ilegal que deve ser baseada na existência de uma situação, de facto ou direito, que permita demonstrar, através de um juízo de razoabilidade, que tal receio é fundado. Pretende-se assim impedir, a título preventivo, a ocorrência de factos lesivos ilícitos, através da emissão de uma ordem judicial no sentido de obrigar a Administração (ou um particular envolvido numa relação jurídico-administrativa) a se abster de um determinado comportamento, podendo este consistir, por exemplo, na prática de um acto administrativo, na emissão de norma, na execução de operações materiais, ou numa qualquer actuação informal.

10. Costuma classificar-se uma acção com estas características como uma *acção mandamental* porque o juiz, se julgar a pretensão do autor procedente, decreta uma sentença que constitui uma verdadeira ordem no sentido de obrigar o demandado a adoptar determinado comportamento ou conduta futura julgada devida¹⁵. Esse comportamento pode ter um conteúdo positivo (de adopção)

¹³ M. DA GLÓRIA GARCIA, *O lugar*, p. 444-445, 470 ss..

¹⁴ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, (reimpressão da edição de 1987), Coimbra, Almedina, 2003, p. 297.

¹⁵ A acção mandamental distingue-se de uma mera condenação à prestação de facto ou coisa, apesar de uma certa semelhança formal, porque nestas o autor requer a adopção ime-

ou negativo (de abstenção ou omissão), sendo que, no primeiro caso, falamos de uma sentença impositiva, e no segundo, de uma sentença inibitória. As acções de que o presente trabalho trata conduzem, se procedentes, a sentenças inibitórias, pois contêm condenações à omissão ou abstenção da prática de actos lesivos de direitos de que é titular a parte activa. Trata-se, por isso, de uma tutela inibitória preventiva.

As acções mandamentais estão principalmente direccionadas para a reacção contra a lesão ou a ameaça de lesão ilegítima de direitos absolutos, como os de personalidade ou propriedade e de direitos fundamentais. Devem ser, por essa razão, tratadas autonomamente em relação às acções de prestação¹⁶ que estão direccionadas para a protecção de direitos obrigacionais¹⁷.

11. O novo meio processual que nos ocupa é distinguível dos meios correspondentes à tutela cautelar, uma vez que no primeiro, ao contrário do segundo, se busca uma decisão de mérito sobre o fundo da questão e a resolução de um conflito jurídico e não uma cognição sumária, temporária e instrumental da questão¹⁸.

A condenação à abstenção deve ser igualmente distinguida de um outro meio processual, a intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, também consagrado inovatoriamente na recente reforma do contencioso. Os dois meios processuais têm pontos de contacto: ambos são dirigidos à garantia da tutela judicial efectiva, podem levar à imposição de deveres de abstenção e implicam pronúncias sobre o fundo da questão. No entanto, a diferença é clara: a intimação só poderá ser utilizada em situações em que é urgente a emissão de uma decisão pelo tribunal sobre o fundo da matéria, de forma a proteger um direito, liberdade ou garantia e não seja suficiente o decretamento de uma providência cautelar, mesmo que provisório¹⁹. Pelo contrário, a condenação à abstenção é um meio processual que não está restringido à tutela de direitos, liberdades e garantias e que pode ser conjugado com a tutela cautelar.

diata de determinada conduta. Sobre esta problemática cfr. J. C. BARBOSA MOREIRA, “A sentença Mandamental – Da Alemanha ao Brasil”, in *RFDUL*, XL, n.ºs. 1 e 2, 1999, pp. 261 ss.

¹⁶ Previstas no artigo 37.º, n.º 2, alínea e).

¹⁷ M. ESTEVES DE OLIVEIRA / R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2004, p. 267.

¹⁸ P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, BFDUC, Colloquia – 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 149.

¹⁹ Cfr. artigo 109.º, n.º 1.

12. A tutela preventiva abre a porta à possibilidade de impor à Administração uma obrigação de *non facere*, que tem como exemplo mais importante a condenação à não emissão de um acto administrativo lesivo, nomeadamente quando esta seja “provável”.

Apesar da sua importância, o enquadramento normativo desta acção, que é em certos pontos absolutamente lacunar, levanta uma série de dúvidas de que se tratará ao longo deste estudo. Algumas das questões prendem-se com o regime processual, como, por exemplo, a definição de quais os requisitos de admissibilidade do pedido.

B. Exercício de poder administrativo ou prestação de facto?

13. A nova contraposição acção administrativa especial *versus* acção administrativa comum parece permanecer fiel à matriz dicotómica do anterior regime que contrapunha o recurso contencioso de anulação ao contencioso das acções. A dualidade de acções tem uma concepção subjacente. O critério de distinção entre as duas teria como base o exercício de poderes de autoridade por parte da Administração – ou, numa outra perspectiva, as acções relativas aos actos administrativos e aos regulamentos administrativos²⁰. Se a pretensão que o particular apresenta à jurisdição administrativa bulisse com esse exercício ou com acto ou regulamento administrativos, a acção a interpor seria a especial, se não, seria a comum.

14. Ora, segundo este critério, a acção de condenação da Administração à abstenção devia pertencer à acção administrativa especial e não à comum. O exercício dos poderes públicos está tanto em causa quando se pretende a condenação à prática de um acto administrativo, quanto quando se pretende a condenação da Administração a não emitir esse acto. Por isso, temos de reconhecer que o critério subjacente à dualidade de acções, graças à nova possibilidade de

²⁰ J. M. SÉRVULO CORREIA, “Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo”, in *CJA*, n.º 22, 2000, p. 27; P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, pp. 129-130; V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no divã da psicanálise*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 225.

condenação para a abstenção de comportamentos prevista no artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*²¹, deixou de ser absoluto para se tornar meramente tendencial.

15. Então porque é que o legislador tomou a opção de a qualificar desta forma? É possível que tenha seguido a qualificação do direito alemão²².

No ordenamento jurídico alemão, existe um meio processual que corresponde à acção objecto da investigação e, aliás, onde esta parece ter ido beber inspiração: a *Unterlassungsklage*²³ (acção de abstenção). Apesar de esta acção não estar, hoje em dia²⁴, expressamente prevista na lei²⁵, a sua admissibilidade é aceite por toda a doutrina como tão natural que a sua não regulação no VwGO não é considerada relevante para o juízo sobre a sua admissibilidade²⁶. A jurisprudência também a aceita²⁷.

Existem, desde logo, dois géneros de *Unterlassungsklage* (acção de abstenção) contra simples actuações administrativas que não envolvem a prática de actos administrativos: (i) quando essa actuação (pretensamente) ilegal já está a ocorrer e o autor quer obstar à sua continuação, e (ii) quando se pretende obstar à prática dessa actuação desde o início (o caso da *vorbeugende Unterlassungsklage*, acção de abstenção preventiva). O segundo tipo é de admitir quando o autor tenha motivos suficientemente fortes para não lhe ser exigível esperar pela prática do acto. Na maior parte dos casos, a *Unterlassungsklage* é deste segundo tipo, ou seja *vorbeugende* (preventiva), dirigindo-se à defesa contra uma medida administrativa lesiva iminente, independentemente da sua forma jurídica

²¹ Fica de fora a possibilidade de condenação à adopção de comportamentos, pois estes nunca poderão ser actos administrativos, caso contrário invadir-se-ia o campo de aplicação da acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido. Os actos que a Administração pode ser condenada a praticar através deste artigo não envolvem, em princípio, o exercício de poderes de autoridade. *Vide infra*.

²² Nesse sentido, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 773; P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 153; V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, pp. 413 e 416-417.

²³ Na Alemanha é aceite como subgénero da *allgemeines Leistungsklage* que, segundo SCHENKE, é admissível com base no § 43, Abs 2, s 1, do VwGO. Cfr. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. neubearb. Aufl, Heidelberg, Müller, 2000, § 8, II., 2, Rn 355 e 215 e ss.

²⁴ Esta acção já esteve prevista como uma das formas de *allgemeine Leistungsklage* no VwGO de 1960.

²⁵ Não está prevista nos § 42 ss. do VwGO.

²⁶ Cfr., por exemplo, WOLFGANG KUHLA *et alli*, *Der Verwaltungsprozess*, 3. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2002, Rn 20.

²⁷ Cfr., a mero título de exemplo: BVerwG E 34, 69; E 40, 323, citados em REDEKER / VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 9. Auflage, Stuttgart... [et al.], W. Kohlhammer, 1988, Rn. 162, pág. 206; E 60, 144; E 31, 301.

ca, dando origem a uma sentença que condena à abstenção desse comportamento. Já a condenação da administração à abstenção da prática de um acto administrativo, apesar de aceite enquanto possibilidade abstracta, a sua admissibilidade em concreto origina uma grande discussão doutrinária quanto ao conjunto de casos e os respectivos requisitos, mais ou menos restritos²⁸. Em relação ao controlo preventivo de normas, a divisão doutrinal parece ser mais funda, existindo quem a admita genericamente²⁹ e quem a recuse liminarmente³⁰.

Ora, a *Unterlassungsklage* é reconduzida à *allgemeine Leistungsklage*, ou seja, ao equivalente germânico da acção administrativa comum, e não à *Verpflichtungsklage* (o equivalente germânico à acção de condenação à prática do acto devido) ou à *Anfechtungsklage* (a acção de impugnação do acto administrativo). Apesar de a divisão entre a *Verpflichtungsklage* e a *allgemeine Leistungsklage* ter como base a mesma divisão entre exercício ou não de poderes de autoridade, a doutrina justifica esta qualificação com o facto de aqui não estar em causa a impugnação de um acto – devido à ausência de objecto impugnável³¹ –, mas a condenação à realização de uma prestação de facto negativo. Esta prestação não

²⁸ Por exemplo, enquanto que, para HUFEN, a figura de *vorbeugende Unterlassungsklage* contra acto iminente é admitida sem dúvidas, para SCHENKE em princípio, este pedido é inadmissível, nomeadamente porque o vasto leque de tutela cautelar e o efeito retroactivo da anulação do acto já garantem, regra geral, uma tutela eficaz. No entanto, mesmo este Autor aceita a sua admissibilidade, se excepcionalmente a tutela concedida pela acção de impugnação não for suficiente para garantir uma tutela efectiva (*vide supra*). Por seu turno, ULE considera que a admissibilidade desta acção depende da existência de uma norma que proteja os direitos ou interesses de uma pessoa e que a Administração, através de um seu comportamento (acto administrativo ou acto real, *Realakt*) corre o risco de lesar. Para a acção de condenação preventiva à abstenção da prática de acto administrativo não basta a mera lesão. É preciso uma necessidade de tutela judicial especial (qualificada) para que uma sentença obrigue à abstenção do acto que a Administração tenciona ou se propõe praticar, ainda antes da sua notificação, publicação ou da possibilidade de recorrer à acção de impugnação. Esta necessidade existe quando é inexigível ao particular que espere pela prática do acto, ou quando seja precisamente desta espera que resulte a lesão. Cfr. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2. überarbeitete Auflage, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, 3. Teil, § 16, 4., b), pág. 343; mais desenvolvido, 4. Teil, § 27, IV., pp. 500-501; SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, Rn 1089; ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1987, 3. Teil, § 34., III, p. 214. Cfr. também WOLFGANG KUHLA *et alli*, *Der Verwaltungsprozess*, Rn 217; REDEKER / VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Rn. 162, p. 206; KOPP / SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12., neubearbeitete Auflage, München, Verlag C. H. Beck, pp. 478 ss.. Cfr., por fim, e.g. BVerwG, DVBl 1971, 746, citados em, 1973, p. 448 ss.; VG München, BayVBl 1979 p. 410 ss.. Cfr., por fim, S. J. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 47 ss..

²⁹ Cfr., por exemplo, H. SIEMER, *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes – Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, pp. 507-508.

³⁰ Cfr., por exemplo, WOLFGANG KUHLA *et alli*, *Der Verwaltungsprozess*, Rn 220.

³¹ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 773; HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 342.

se concretiza no exercício do poder administrativo, pois não se configura como uma condenação à prática de um acto administrativo, mas uma abstenção dessa prática³².

16. Alguma doutrina portuguesa encontra também fundamentação para a inserção sistemática da acção, mas com base noutros motivos. Segundo este ponto de vista, enquanto que a condenação à prática de acto administrativo redundaria na imposição do cumprimento de uma norma de competência que atribui a um ente administrativo um poder público vinculado – não assistindo ao particular um *direito ao acto* –, a condenação à abstenção implica que o tribunal se pronuncie sobre a existência de um direito do autor à não ingerência da administração – um verdadeiro *direito à não emissão do acto administrativo*. O juiz administrativo não vai apreciar o eventual comportamento da Administração à luz de uma norma de competência, mas sim se o particular é titular de um direito subjectivo a não ser perturbado pela provável emissão de acto administrativo³³. Assim, ainda que o acto iminente fosse claramente ilegal, o tribunal apenas poderia condenar a Administração à abstenção se desse por demonstrada a existência de um direito do administrado à abstenção ou não ingerência³⁴.

Nesses termos a inserção sistemática da acção é congruente com a divisão entre acção administrativa comum e especial, uma vez que a actuação que é impedida não está na esfera do exercício do poder de autoridade – na situação descrita tal poder não existe³⁵.

17. A solução legal não é a correcta³⁶.

Como ponto prévio, deve-se chamar à atenção para o facto de que dentro da acção de condenação à abstenção de comportamentos existem vários subgéneros de acções ou de pedidos. Não choca que a condenação à abstenção de certos comportamentos administrativos (não subsumíveis à qualidade de acto administrativo ou norma) seja considerada prestação de facto negativo incluída na acção administrativa comum. Também não levanta problemas a previsão de

³² P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 153.

³³ P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 154.

³⁴ P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 155.

³⁵ P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 154.

³⁶ No mesmo sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, pp. 773-774; V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, p. 416 ss..

condenação de particulares, designadamente concessionários, à abstenção de práticas ilegais, no âmbito de relações jurídico-administrativas.

Já a previsão neste artigo da possibilidade de condenação da Administração à abstenção da prática de um acto administrativo ou de emissão de um regulamento levanta as maiores dúvidas ao nível de inserção sistemática. Esta condenação, como foi referido *supra*, envolve um juízo sobre o exercício do poder administrativo. Tratamos aqui do não exercício de um poder de autoridade, e este é também um poder de disposição sobre o último. O não exercício é (ainda) exercício. A competência é irrenunciável. E este raciocínio não é afastado pela argumentação de que o que estaria aqui em causa seria um direito do particular à não ingerência da Administração. No âmbito desta acção vamos aferir da admissibilidade daquele comportamento – prática de acto ou emissão de regulamento – da Administração, o que é a definição do âmbito da sua actuação legal no exercício de poderes administrativos. Este raciocínio é independente do motivo pelo qual a actuação da Administração é inadmissível. A questão de fundo é a definição de que um concreto comportamento não está abrangido pelo âmbito de actuação lícita da Administração de acordo com o princípio da legalidade (ou juridicidade), no sentido de fundamento da actuação administrativa. Nem procede a argumentação que aqui estaríamos fora do exercício do poder administrativo, por este, neste caso, não existir. Como já referimos, a definição de que não existe poder administrativo para a prática de um acto ou emissão de um regulamento é um juízo sobre o *âmbito do poder administrativo*. Só após esse juízo se pode concluir pela inexistência de poder administrativo *in casu*. Este argumento não pode, pois, proceder.

Aliás, podem existir situações em que, devendo a Administração actuar, devido à escassa possibilidade de escolha de qual o comportamento a adoptar, a condenação na abstenção de um comportamento acabe por redundar na imposição da prática de um outro. Nesse caso, a fronteira entre esta acção e a condenação à prática de acto legalmente devido revela-se fluida.

18. Surge então um problema.

Se o legislador optou por uma solução dicotómica quanto à tramitação dos dois tipos de acções, foi certamente por achar que as que envolvem apreciações do exercício de poderes de autoridade necessitam de um especial cuidado devi-

do ao seu melindre e ao facto de bulirem com interesses públicos e, por isso, exigem respostas processuais diferentes das dadas pelo processo civil. Sendo assim, parece não existir motivo para a acção de condenação à abstenção de comportamento não estar prevista como uma forma de acção administrativa especial. Se esta acção, em certos casos (condenação à não prática de acto e à não emissão de regulamento), envolve um juízo sobre o exercício de poderes de autoridade, como vimos, segundo a concepção que parece estar subjacente à divisão entre acções, nesses casos, deveria estar inserida na acção administrativa especial e não na comum³⁷.

Defendemos, por isso, que numa futura alteração legislativa esta acção venha a ser inserida entre o leque de acções englobadas pela acção administrativa especial. *De jure condito*, no entanto, nada mais podemos fazer do que tentar aproximar, “temperar”, por via interpretativa sistemática e teleológica, a aplicação do regime da acção administrativa especial.

III. Pressupostos de admissibilidade

19. A lei não esclarece quais são os requisitos de admissibilidade do pedido de abstenção de um comportamento previsto no artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*. Estando este pedido enquadrado no âmbito da acção administrativa comum, o regime do processo civil, previsto no CPC, será aplicável, no geral, a esta acção, fora das especificidades previstas no CPTA. Existem, no entanto, claras especificidades que devem ser esclarecidas. Essa será uma das tarefas que caberá ao labor jurisprudencial, ainda por concretizar. Aqui tentaremos dar o nosso singelo contributo para a resolução dessas questões.

20. É necessário, na linha do que se disse *supra*, uma certa aplicação adaptativa das regras de direito processual civil quando aplicadas à acção de condenação à abstenção de acto administrativo (ou se admitida essa possibilidade, de uma norma). A razão de ser deste facto prende-se com a necessidade de ter em conta a particular natureza dos valores em presença e a especial ponderação que é exigida, nomeadamente por ser preciso efectuar juízos de ponderação

³⁷ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, pp. 773-774; V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, pp. 414 ss..

entre vários interesses públicos, entre estes e os interesses privados, bem como a tutela de terceiros contra-interessados.

O facto de esta condenação envolver uma avaliação da legalidade da actuação da Administração ainda antes da prática de um acto administrativo, deve levar à adopção de determinadas cautelas. De outro modo poderíamos considerar que a pronúncia do juiz redundaria numa intromissão na actividade administrativa ou poderíamos dar azo a uma paralisação da Administração. Assim, logo ao nível da legitimidade activa e passiva, a aplicação adaptativa seria efectuada por uma interpretação das regras dos artigos 9.º e 10.º à luz dos princípios específicos que regem a atribuição de legitimidade na acção administrativa especial³⁸.

21. A questão que se poderá colocar a seguir é: que regras de legitimidade devemos acolher como matriz e padrão interpretativo? Ou, por outras palavras, a qual tipo de acção administrativa especial devemos recorrer para, qual farol interpretativo, nos guiar a um modelo de legitimidade activa adaptado a esta realidade? Por um lado, a acção preventiva de condenação à abstenção da prática de um acto parece não ser mais do que um adiamento temporal de uma acção de impugnação de acto administrativo. Neste caso traduzir-se-ia numa acção de impugnação preventiva de um acto administrativo. Por outro lado, podemos ver esta acção como o reverso da acção de condenação à prática de acto devido, uma espécie de acção de condenação à não prática devida de um acto. Na nossa opinião, devemos optar por uma aproximação a esta última acção. Desde logo porque a semelhança entre as pretensões é clara. O objectivo da acção é condenar a Administração à não emissão de determinado acto por este ser ilegal e não impugnar esse acto, de resto, ainda não emitido.

A. Sujeitos processuais activos e passivos da acção inibitória

A.1. A Administração como sujeito passivo da acção inibitória: tipos de condutas que podem ser objecto deste mecanismo processual

³⁸ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, pp. 774-775.

22. Sem dúvida, a maior parte dos pedidos propostos através desta acção vão ter como demandada a Administração. A própria norma parece admitir isso, ao dar como exemplo a possibilidade de condenação da Administração à não emissão de um acto administrativo. Este facto não é de estranhar no regime de contenciosos administrativo. A especificidade, neste caso, é a generalidade da sua consagração e a pouca concretização dos requisitos que devem ser necessariamente preenchidos para que se abra a possibilidade de demandar a Administração. Daí a urgência de uma clarificação.

(1) Como interpretar “comportamentos”?

23. Um dos problemas mais prementes que se coloca ao interpretar o artigo 37.º, n.º 2, alínea c), é o de saber que significado atribuir à expressão “comportamentos”³⁹, ou seja, qual pode ser o objecto da acção de condenação, e quais são os pedidos que podem ser feitos ao tribunal. Como auxílio temos apenas o exemplo (“designadamente”) dado pelo artigo de um caso em que tal acção de condenação à abstenção seria admitida.

(a) As simples actuações

24. Devemos começar por procurar auxílio no elemento sistemático e no elemento literal. A letra da norma, antes de prever a acção de condenação à abstenção, enuncia também a possibilidade de condenar a Administração a agir, ou seja, a condenação à adopção de “comportamentos”. Ora, essa possibilidade de condenação exige-nos um raciocínio de exclusão de partes de forma a preencher o conceito de “comportamento”. Este não pode significar, neste contexto, a adopção de um acto, pois isso cairia no âmbito da acção administrativa especial de condenação à prática do acto devido. No caso de conflito entre uma acção administrativa comum e uma acção administrativa especial, é esta última que deve prevalecer, desde logo devido à cláusula de subsidiariedade do artigo 37.º, n.º 1. Por maioria de razão, também não permite a condenação à emissão de normas,

³⁹ A norma fala em condenar a Administração “à adopção ou abstenção de comportamentos”.

também porque esta, a existir, seria no âmbito da acção administrativa especial⁴⁰. Também não será admissível o pedido de condenação à adopção de um comportamento revogatório de determinado acto, pois aí, mais uma vez, estaríamos a invadir o âmbito de uma acção prevista na acção administrativa especial, desta feita a acção de impugnação de actos ou normas.

Por isso, este pedido só pode ser intentado tendo como objectivo a condenação da Administração à prática de actuações no âmbito do Direito Administrativo que não tenham a natureza de acto administrativo ou norma regulamentar. Estamos aqui a falar das chamadas meras actuações administrativas. Este raciocínio permite-nos concluir que “comportamento” deve ser interpretado num sentido amplo, ou seja, incluindo formas diversas de actuação administrativa para além do acto administrativo.

25. Após este percurso, o passo lógico seguinte é considerar que se “comportamento” deve ser interpretado como abrangendo meras actuações administrativas para a acção impositiva, então deve ter também pelo menos esse significado em relação à acção inibitória. A doutrina aceita-o sem dúvidas⁴¹.

Uma tal acção de condenação, à semelhança da alemã, parece poder englobar dois casos: (i) as situações em que a lesão da esfera do particular ainda não ocorreu, mas é provável que venha a ocorrer; (ii) as situações em que já está a ocorrer a lesão da esfera jurídica. Em ambos os casos, o lesado pede ao tribunal que condene a Administração a se abster de continuar o comportamento lesivo, qualquer que ele seja.

O primeiro caso é claramente admissível pois é análogo ao exemplo dado pela lei. Por outro lado, apesar do segundo caso não acompanhar o exemplo de uma tutela preventiva que é dado pela letra da lei, nada parece fazer excluir a possibilidade de uma tutela inibitória contra actuações já em curso. Para além disso, mesmo que se entenda que este tipo de tutela inibitória não está compreendido na previsão do artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*, sempre seria possível no âmbito da acção administrativa comum, por via da cláusula geral do artigo

⁴⁰ Também porque já está previsto um mecanismo de reacção à não emissão de normas quando esta é devida, que é a possibilidade de declaração de ilegalidade por omissão (artigo 77.º). Aqui mais uma vez funcionará a supletividade da acção administrativa comum (artigo 37.º, n.º 1).

⁴¹ Cfr. por exemplo, V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, pp. 414-415.

37.º, n.º 1. O princípio da tutela judicial efectiva obriga a que a esta pretensão corresponda uma via de tutela.

26. Vimos assim que uma das concretizações interpretativas possíveis de “comportamento” é a mera actuação administrativa sem natureza de acto administrativo⁴². O objecto de litígio nesta acção é a alegação do autor que um seu direito ou interesse legalmente protegido está a ser ou vai ser lesado através da iminência ou continuação de uma mera actuação administrativa. Esta pode ser constituída pelas várias práticas das entidades administrativas que não envolvem o exercício de poderes de autoridade na definição jurídica da situação de terceiros. Aqui se incluem, por exemplo, as operações materiais, os comportamentos de facto, bem como os actos jurídicos que não têm a qualidade de acto administrativo.

27. Um primeiro exemplo de admissibilidade da acção de condenação será o das actuações materiais de gestão pública (ou actos reais em sentido próprio), que incluem quer os comportamentos *proprio sensu*, quer as meras operações materiais e técnicas. Incluem-se aqui, por exemplo, as operações materiais de demolição de um edifício, de abate de árvores ou destruição de matas, bem como a construção ilegal por uma entidade pública. Também seria reconduzível a grande parte das situações enquadradas na constelação de casos designada no direito alemão por “emissões”⁴³. Trata-se de uma acção de defesa contra o incómodo ou perturbação ilegal (*Störungabwehrklage*).

28. Por outro lado, temos os casos de pronúncias ou actos da Administração que, mesmo sendo declarações jurídicas, não se consubstanciam em actos

⁴² Sobre a relevância da distinção entre meras actuações e actos administrativos à luz do novo regime do contencioso administrativo, cfr. M. AROSO DE ALMEIDA, “Implicações de Direito Substantivo da Reforma do Contencioso Administrativo”, in *CJA*, n.º 34, 2002, pp. 74 ss..

⁴³ Como exemplos, encontram-se na jurisprudência alemã acções contra: sirenes dos bombeiros (BVerwG E 68, 62; BVerwG E 79, 254; BVerwG, NJW 1988, 2396), toque dos sinos (BVerwG E 67, 62 = NJW 1984, 989; BVerwG, NJW 1992, 2779), barulho dos canis da polícia, o ruído de uma escola (OVG Koblenz, NVwZ 1990, 279), voos militares que não respeitem os limites legais, nomeadamente a altura mínima de voo prevista no § 6 Abs. 1 Satz 2 *Luftverkehrsordnung*, (BVerwG, 14/12/1994 – 11 C 18/93 – DVBl. 95, 242 e seguintes), funcionamento de uma cabina telefónica (VGH Bad.-Württ., DVBl 1984, p. 881), funcionamento de um candeeiro de iluminação pública (OVG Rheinl.-Pfalz, NJW 1986, p. 953 e BayVGH, NJW 1991, p. 2660), barulhos vindo de parques infantis, recintos desportivos ou locais de merendas públicos (cfr., por exemplo: VGH München, BayVBl 1987, 398; VGH Mannheim, NVwZ 1990, 988; VG Braunschweig, NVwZ 1991, 1211).

administrativos, ou seja, não têm capacidade para definir unilateralmente a situação jurídica do seu destinatário devido à sua natureza ou ao seu conteúdo (por não consubstanciarem o exercício de poder administrativo)⁴⁴.

Como exemplo, podemos apontar a consulta de um órgão sobre qual o sentido de um parecer a emitir no futuro – *v. g.* numa consulta no âmbito de um processo de licenciamento – ou, dentro de uma relação contratual⁴⁵, a fixação de um prazo ou uma declaração de compensação ou caducidade – actos opinativos, nomeadamente os previstos no artigo 307.º, n.º 1, do CCP, no âmbito das relações contratuais de direito público. Outro exemplo possível seria o de prestações a particulares constituídas por pagamentos devidos no quadro de obrigações pecuniárias de natureza administrativa (como, por exemplo, os vencimentos ou pagamento de quantias)⁴⁶. A Administração está, nestes casos, despida do seu poder de império, comportando-se como se de um particular se tratasse, numa posição paritária face aos cidadãos.

29. Também se incluem nos “comportamentos” da Administração as actuações administrativas que devam ser qualificadas de “informais”⁴⁷. De facto, a actividade informal da Administração não se desenvolve nos termos de formas jurídicas conhecidas. Neste sentido, actos informais da Administração são aque-

⁴⁴ Os autores alemães incluem aqui normalmente os actos meramente confirmativos e os actos preparatórios, bem como os actos de gestão privada e os contratos administrativos. Vide V. PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do acto Administrativo Perdido*, (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003, pp. 592 e seguintes, e a doutrina aí citada.

⁴⁵ V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, pp. 414-415.

⁴⁶ Neste caso, a acção a interpor estaria já melhor enquadrada no âmbito do artigo 37.º, n.º 2, alínea e).

⁴⁷ Sobre actuações informais cfr. S. TAVARES DA SILVA, *Actuações informais da administração*, Coimbra, 1998, inédito, e “Actuações urbanísticas informais e medidas de diversão em matéria de urbanismo”, in *CEDOUA*, III-1, 2000, p. 55; P. LOMBA, “Problemas da actividade administrativa informal”, in *RFDUL*, Vol. XLI, n.º 3, 2000, pp. 817 ss.; F. CALVÃO, “As actuações administrativas no direito do ambiente” in *Direito e justiça*, V. XIV, 2000, tomo 3; S. LOPES LUÍS, “As actuações informais da Administração”, in *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2005, pp. 287 ss., em especial 337-338; B. AYALA, “Âmbito da jurisdição administrativa e delimitação dos meios processuais”, in *A nova justiça administrativa*, Coimbra, 2006, pp. 62 ss. e “A Administração informal: mais uma aparente (?) reserva de Administração perante os Tribunais (?)”, disponível *on-line* em <http://www.oa.pt/Uploads/%7BD59FC3C5-BC9B-4EA8-B2Ao-B449E3914636%7D.doc> (consultado a 17 de Setembro de 2009); D. DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 438 ss.; A. CADILHA, “A actividade administrativa informal de cooperação”, in *ROA*, Ano 67, I - Jan. 2007, pp. 460 ss.. Cfr. também C. AMADO GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 237. Na perspectiva do direito alemão, cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, pp. 396 ss..

les que não estão previstos juridicamente, nem são adoptados segundo um procedimento decisório formal – o que deixa naturalmente de fora o acto, o contrato e o regulamento administrativos.

30. A actuação administrativa informal pode tomar a forma de actividade informativa da administração⁴⁸, constituída por informações e comunicações sem carácter vinculante⁴⁹, com particular importância no âmbito do Direito da Economia ou do Urbanismo. Aqui se incluem a emanação de recomendações genéricas⁵⁰, advertências⁵¹ ou informações⁵², enfim, qualquer tipo de apreciações

⁴⁸ Ao nível do direito alemão, tratam-se das *Auskünfte und Mitteilungen ohne Bindungswirkung*, das quais podemos encontrar exemplos no Direito da Alimentação (*Lebensmittelrecht*) nos acórdãos BVerwG E 87, 37 = NJW 1991, 1766 – *Glykolwein*; OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690 – *Birkel-Nudeln*; OVG Münster, NJW 1986, 2783. Outro exemplo é a actividade de novas associações com uma certa concepção do mundo (*Weltanschauungsgemeinschaften*), seitas (*Jugendsekten*) ou religiões (BVerwG E 82, 76 e ss = NJW 1989, 2272; OVG Hamburg 24/8/1994 – Bs III 326/93 – NVwZ 95, 498). Mas existem muitos outros exemplos que vão desde a *Unterlassungsklage* de armazenamento e transmissão de informações (OVG Bremen, NJW 1995, 1769), a acção contra o ensino de determinados conteúdos em aula (BVerwG E 57, 360, 370), a acção contra a não nomeação discriminatória e atentatória da subsistência de um conselheiro de empresa contra uma Câmara de Comércio ou Indústria (BVerwG E 89, 281) até à acção contra a expressão por associações de inscrição obrigatória (*Zwangverbände*) de opiniões genericamente políticas (BVerwG E 64, 298, 300). Como exemplo de acção de abstenção de recomendações podemos apontar a acção em que o autor quer impedir um município de, através de uma acção de publicidade por cartazes, aconselhar o consumo preferencial de bebidas engarrafadas em preterição das empacotadas (OVG Kassel, NVwZ 1995, 611).

⁴⁹ WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, 10.ª, 1994, pp. 849 e ss. e *Direito Administrativo*, I, trad. António F. de Sousa, Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 2006, pp. 853 ss.. Cfr. também P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 567 ss..

⁵⁰ As recomendações envolvem um pedido, estímulo, conselho, exortação, ou apelo tentando levar à adopção pelos cidadãos de um certo comportamento tido pela Administração como desejável. São por isso manifestações de uma preferência pública.

⁵¹ As advertências traduzem declarações provenientes de órgãos da Administração com o propósito de informar, chamar à atenção ou alertar o público para certos comportamentos perigosos ou para determinados riscos, desmotivando ou desincentivando condutas. Cfr. P. GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 723 ss.. Cfr. também, na perspectiva do direito brasileiro, E. ROCHA DIAS, “Fundamento constitucional das advertências administrativas relativas ao tabaco e das restrições à publicidade de cigarros”, in *RFDUL*, pp. 1123 ss. e, em especial, 1125 ss..

⁵² As informações expressam a mera comunicação ou a comprovação de uma circunstância ou de uma situação jurídica referente a pessoas ou coisas sem intenção de influenciar comportamentos.

subjectiva e que não são destinadas a produzir um efeito jurídico⁵³, mas que pelas quais sempre responde a Administração (artigo 7.º, n.º 2, do CPA)⁵⁴.

Esta actividade informativa tem vindo a ganhar progressiva influência como forma de a Administração intervir na sociedade ou na organização económica sem lançar mão do poder público conformador do comportamento – proibindo ou obrigando – mas utilizando técnicas de persuasão e de informação. O cidadão correctamente informado pode actuar em plena liberdade⁵⁵.

Não se deve incluir aqui, no entanto, a informação prévia prevista no domínio do licenciamento urbano (artigo 14.º e ss. do RJUE). Neste caso não falamos de uma mera actuação informativa da Administração, mas da prática de um acto administrativo em sentido próprio, que condiciona a actividade administrativa – trata-se de um acto prévio de natureza certificativa⁵⁶. Nesse sentido a condenação à não emissão de informação prévia urbanística deve ser enquadrada na condenação à não prática de acto administrativo.

31. A qualificação de alguns dos casos referidos é, no entanto, bastante problemática porque relacionada com o conceito de acto administrativo que adoptarmos. O problema da classificação de determinado comportamento, face ao caso concreto, como acto administrativo ou mera actividade administrativa é, por vezes, deveras complexo. Nos casos em que a doutrina discute sobre a qualificação da actividade da Administração como acto, ou como acto impugnável, a melhor solução ao nível de tutelar os interesses do particular será cumular um pedido de impugnação do acto com um pedido de abstenção de actuação naquele sentido.

⁵³ O exercício de uma actividade informativa, que, sem possuir natureza imperativa de conformação externa, permita à Administração desempenhar funções de aconselhamento ou orientação de comportamentos tem uma importância crescente na sociedade actual. Como por exemplo: uma nota do Ministério da Saúde advertindo para os malefícios do tabaco, uma comunicação do Ministério dos Negócios Estrangeiros desaconselhando as viagens para determinado território ou país, um folheto do Ministério da Agricultura aconselhando a evitar determinado tipo de produtos, uma escola passando certidões com informações dos processos dos alunos, etc.

⁵⁴ Cfr., entre outros, J. TABORDA DA GAMA, *A Promessa Unilateral de Acto Administrativo*, Lisboa, F.D.L., 2001, pp. 21 ss., *Decisão de Auto Vinculação e Acto Administrativo Devido*, Lisboa, Inédito, 2003, pp. 45 ss., e *Promessas administrativas. Da decisão de autovinculação ao acto devido*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 153 ss., 249 ss., e 263 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de actos administrativos e relações emergentes*, pp. 89 ss..

⁵⁵ M. DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar*, pp. 391, 437, 445-446, 494-495.

⁵⁶ M. J. CASTANHEIRA NEVES/F. P. OLIVEIRA/ D. LOPES, *Regime jurídico da urbanização e da edificação comentado*, Coimbra, 2006, pp. 156-157.

(b) Actos administrativos

32. A letra da lei permite concluir, lógica e imediatamente, que é admissível a utilização da acção de condenação à abstenção contra actos administrativos futuros lesivos, a partir da exemplificação contida no preceito. Talvez por a acção ser uma novidade absoluta no nosso direito o legislador se tenha sentido impelido a esclarecer que também no caso de emissão de acto administrativo lesivo esta tutela é possível, quem sabe por temer interpretações demasiado restritivas que poderiam ensombrar o verdadeiro potencial desta via de tutela.

33. No entanto, face à conjugação na mesma alínea da lei da possibilidade de condenar a Administração, quer à adopção, quer à abstenção de um “comportamento”, surge, de certa forma, uma dificuldade interpretativa. Assim, enquanto que, no primeiro caso, esta acção nunca poderá englobar a prática de um acto administrativo, no caso da condenação à abstenção da prática de um “comportamento”, o exemplo dado pela letra da lei para preencher “comportamento” é exactamente a condenação à não emissão de um acto administrativo⁵⁷. A dificuldade de interpretação parece indicar-nos mais uma vez que talvez fosse mais indicado a passagem da previsão da condenação da Administração à não emissão de acto administrativo para o âmbito da acção administrativa especial. De qualquer forma e apesar da estranheza que a solução legal levanta por necessariamente dar ao mesmo conceito dois preenchimentos normativos diferentes numa mesma norma, esta tem de ser a solução interpretativa.

34. Pressuposto geral da acção neste caso, segundo a doutrina alemã, que também faz sentido face à legislação nacional, é que o acto administrativo iminente (no sentido de ainda não praticado) tem que estar suficientemente determinado. Significa isto que o projecto de acto deve estar, quer na formação da vontade da Administração em relação ao seu sentido e conteúdo (à substância), quer no andamento do procedimento (à forma), tão determinado que permita uma prova de conformidade com o direito, de preenchimento dos seus pressu-

⁵⁷

V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, pp. 414 ss..

postos de facto e de direito, enfim, uma prova de legalidade⁵⁸, no sentido de confronto entre lei e acto a praticar.

Assim, por exemplo, não será admissível como objecto da acção o pedido de abstenção de todos os actos de execução de uma lei ou regulamento (incluindo-se aqui os planos municipais de ordenamento do território⁵⁹), sendo sempre necessário que a análise da legalidade do acto iminente se faça face a um caso concreto. Só com o respeito desta exigência se consegue que o pedido do autor seja suficientemente determinado para sustentar uma pronúncia. É só também assim que se permite a emissão pelo tribunal de uma sentença que se pronuncie sobre o objecto, resolvendo a questão material de fundo. Um dos casos em que esta determinação pode acontecer é o anúncio desse comportamento ao interessado⁶⁰.

Para além disso, a inadmissibilidade de um pedido de condenação à abstenção *em abstracto* – ou seja, sem referência a um caso concreto – tem também como razão de fundo a frustração de eventuais fraudes à lei do processo. Se assim não fosse, um determinado particular perante uma determinada norma jurídica (sob a forma de lei ou regulamento – ou contida em plano) por ele inatacável nos termos do regime, nomeadamente por não estarem preenchidos os requisitos do CPTA, sempre poderia ir a tribunal tentar obter a condenação da administração a se abster de executar essa norma – esvaziando de conteúdo a norma jurídica em causa e defraudando a lei. Ou seja, a condenação à abstenção *em abstracto* redonda no apreciar indevido de uma norma jurídica.

35. A acção de condenação da administração à abstenção da prática de um acto administrativo implica a formulação de um juízo de legalidade sobre algo, de certa forma, incerto, o acto administrativo iminente. O juiz pode, assim, encontrar-se, qual pitonisa, a tentar descortinar o futuro por entre uma névoa de hipóteses.

⁵⁸ É também esta a posição da jurisprudência alemã. Vide BVerwG E 45, 99. Cfr. também GLAESER/HORN, *Verwaltungsprozessrecht, : Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung*, 15. neubearb. Aufl, Stuttgart, Boorberg, 2000, p. 241.

⁵⁹ Nestes termos, não será possível atacar um plano director municipal por conter a ameaça de lesão de um direito dos particulares, mas apenas os actos iminentes que o concretizem ou executem, na medida dessa concretização. Em sentido contrário, cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, p. 419.

⁶⁰ Cfr. BVerwG E 71, 183 a 188. Cfr. também REDEKER/ VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Rn. 162, pág. 206 e GLAESER/HORN, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 241.

Os casos em que resulta evidente que o acto iminente é ilegal, nomeadamente por a sua prática ser proibida por lei, levantam poucos problemas. Mais complicados serão as situações em que a ilegalidade do acto é incerta, como aquelas em que a administração se movimenta no seu espaço de discricionariedade. Neste domínio, e no seguimento da interpretação adaptativa que temos feito do regime da condenação à abstenção da prática de acto administrativo com base no regime da acção administrativa especial, cremos ser de aplicar o artigo 71.º, n.º 2, (até como decorrência do artigo 3.º, n.º 1) e, conseqüentemente, impor os limites que este estatui para as sentenças de condenação à prática de acto devido às decisões emitidas no âmbito de um processo de condenação à abstenção. Ou seja, também nestes casos, quando a condenação à não emissão do acto envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo preciso do acto que a Administração fica proibida de praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto em causa.

36. Outros requisitos para se poder interpor uma acção de condenação à abstenção da prática de um acto são a ilegalidade e a lesividade (ou a susceptibilidade de ser lesivo) do acto. A necessidade da primeira não resulta expressamente da letra do artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*, como acontece com a necessidade de ser lesivo, mas também tal não era preciso, pois é decorrente dos poderes de controlo dos tribunais sobre a actividade administrativa, expressos, por exemplo, no artigo 3.º, n.º 1. A ilegalidade do acto iminente pode ser material ou formal – devendo ter-se em atenção, neste caso, se a formalidade em causa não pôde ainda ser realizada⁶¹.

A ilegalidade, em princípio, deve ser do próprio acto administrativo. Se a ilegalidade for derivada ou conseqüente, como, por exemplo, os casos em que o acto é ilegal apenas por aplicar regulamento ilegal, deve-se dar prioridade à impugnação da norma, sendo aqui a admissibilidade desta acção subsidiária. Caso contrário, o verdadeiro objecto do processo seria a apreciação da legalidade da norma, o que pode ser considerado como uma espécie de fraude à lei – como já

⁶¹ A condenação à prática de uma formalidade no âmbito do procedimento administrativo pode ser equacionável no âmbito da condenação à prática de comportamentos (artigo 37.º, n.º 2, alínea c), primeira parte).

vimos. Também se pode recorrer à acção de abstenção se a invalidade da norma de onde deriva a ilegalidade do acto administrativo tiver já sido reconhecida.

A lesão pode ser presente, como a que decorre da espera pela prática do acto, com a inerente insegurança jurídica, mas também pode ser futura, como aquela que resultará da efectiva prática do acto.

A propósito do requisito lesividade poderia surgir-nos a dúvida: será a lesividade apenas factor de legitimidade ou será também requisito de procedência da acção? A resposta à questão será dada *infra*.

37. O princípio da tutela jurisdicional efectiva face a actos administrativos lesivos, independentemente da sua forma, previsto no artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, também encontra aplicação no âmbito deste meio processual. Caso contrário, estaria aberta uma via para a Administração impedir os particulares de recorrerem à acção de condenação à abstenção da prática de um acto – bastava o recurso à forma de lei ou de regulamento. Assim, os actos administrativos iminentes, mesmo que sob a forma de lei ou regulamento, devem ser considerados abrangidos por este meio processual⁶².

38. A utilidade deste meio processual como forma de concretizar o princípio da tutela jurisdicional efectiva é de meridiana clareza. Podem ser dados diversos exemplos em que uma eventual reacção apenas *a posteriori*, pela via da impugnação, ainda que acompanhada do eventual recurso à tutela cautelar, pode não ser apta a remover completamente os danos, pelo que é de grande utilidade a acção inibitória. Neste âmbito, encontramos os actos que são objecto de execução material imediata – seja porque a emissão do acto, pelo seu próprio tipo legal, pressupõe que se proceda de seguida à operação material (v.g., no âmbito do Direito do Urbanismo, a posse administrativa⁶³ ou o despejo administrativo sumário⁶⁴), seja porque no caso se perfilam razões de urgência na execução (v.g. demolição de prédio por razões de segurança⁶⁵ ou a execução coerciva

⁶² Um exemplo possível seria o da acção de condenação à abstenção da nacionalização de determinada empresa. De facto, o regime jurídico de apropriação pública por via de nacionalização, aprovado em anexo à Lei n.º 62-A/2008, de 11 de Novembro, no seu artigo 2.º, n.º 1, prevê que o acto de nacionalização se faça sob a forma de decreto-lei.

⁶³ Cfr. artigo 107.º do RJUE.

⁶⁴ Cfr. artigo 92.º do RJUE.

⁶⁵ Cfr. artigo 106.º do RJUE e artigo 105.º do RJIGT. Cfr. também A. FOLQUE, *Curso de Direito da Urbanização e da Edificação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

de obras⁶⁶). Um outro exemplo pode o do acto cuja prática tem consequências imediatamente lesivas (*v.g.* o embargo administrativo⁶⁷).

Tal acção pode também ser relevante quando a Administração manifeste a intenção de praticar um dado acto administrativo, mas protele a concretização desse propósito, sem dar seguimento ao procedimento (pense-se, por exemplo, no caso em que está em perspectiva um licenciamento de uma determinada edificação – um vizinho que seja lesado por tal obra e a considere ilegal pode recorrer a esta acção para por cobro à situação de incerteza, que é susceptível de afectar o valor patrimonial do seu terreno).

Este meio processual também se revela importante nos casos em que o regime jurídico aplicável comina o desrespeito por determinado acto administrativo com o crime de desobediência⁶⁸.

(c) Normas

39. Apuramos assim, até agora, que por “comportamentos”, para efeitos da acção de condenação à abstenção, podemos entender actuações administrativas sem a natureza de acto administrativo, e a própria prática de um acto administrativo. Mas a redacção do artigo 37.º, n.º 2, alínea *c*), *in fine*, deixa-nos uma importante questão aparentemente em aberto: será possível que a emissão de normas por parte da Administração, no uso do seu poder regulamentar, pode ser considerada “comportamento” para este efeito? Será que o termo “comportamentos” deve ser interpretado em sentido tão amplo que vai a ponto de poder (ou dever) incluir entre os sentidos juridicamente admissíveis as actuações administrativas gerais e abstractas, ou seja, que envolvam a produção pela Administração de normas jurídico-administrativas?

40. Na Alemanha, a admissibilidade de uma acção desta natureza é muito controversa e entrincheira a doutrina em dois campos opostos. HUFEN considera a acção preventiva de abstenção contra norma ainda não emitida, em princípio,

⁶⁶ Cfr. artigo 91.º do RJUE.

⁶⁷ Cfr. artigo 102.º e 103.º do RJUE e artigo 105.º RJIGT.

⁶⁸ Cfr., a mero título de exemplo, o artigo 100.º, n.º 1, do RJUE e artigo 106.º do RJIGT.

admissível, mas aceita limitações à sua admissibilidade⁶⁹. Objectos possíveis desta acção seriam decretos do executivo, regulamentos autónomos, outras regras jurídicas do mesmo género. Por outro lado, SCHENKE não tem dúvidas que a *vorbeugende Unterlassungsklage* contra normas (mesmo infra-legislativas) é inadmissível⁷⁰, sugerindo como meio alternativo de tutela o *Verfassungsbeschwerde*, o recurso de amparo constitucional alemão, inexistente no nosso país, pelo menos com uma configuração equivalente à consagrada na Alemanha⁷¹. É de referir que a jurisprudência alemã já a aceitou em alguns casos⁷². A doutrina que não aceita a admissibilidade da acção refere que esta jurisprudência foi proferida face a normas constantes em planos urbanísticos (*Bebauungspläne*), sendo que é discutida a natureza material dos planos (a doutrina divide-se entre classificar os planos como regulamentos, actos administrativos ou atribuir-lhes uma natureza *sui generis*). A recusa de certa doutrina em admitir esta acção pode radicar no facto de o sistema alemão de controlo de normas ser bastante limitado, argumento que não procede no contencioso nacional.

41. Da letra da lei não conseguimos retirar um fundamento expreso nem no sentido de uma restrição, nem de uma inclusão de uma interpretação de “comportamento” de tal forma lata.

Obviamente que será de admitir a impugnação de actos administrativos materiais iminentes contidos em regulamentos a ser emitidos, por força do princípio da irrelevância da forma do acto (artigo 268.º, n.º 4, da Constituição e, analogicamente, o artigo 52.º, n.º 1). Mas não será possível reagir contra a emissão de um regulamento claramente ilegal e que produzirá os seus efeitos lesivos directamente na esfera do particular? É que a comparação com o regime do acto administrativo é inevitável, como também o é a comparação com o regime de impugnação de normas depois da sua emissão. Se para o acto administrativo é possível a impugnação preventiva, como negar a possibilidade de condenação à abstenção de uma norma, se esta tivesse as características descritas no artigo

⁶⁹ HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. Teil, § 16, I., 4, b), p. 343.

⁷⁰ SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, § 26, IV., 2, Rn. 1088 e ss.

⁷¹ Na medida em que esta via de tutela alternativa não se encontra consagrada em Portugal, confirma-se a necessidade, face ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, de admissibilidade desta acção preventiva contra normas ilegais imediatamente lesivas.

⁷² Cfr. BVerwG E 40, 323, 326, citados em REDEKER / VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Rn. 162, p. 206. Cfr. também BVerwG, DVBl 1977, 897 ss..

73.º, n.º 2, ou seja, quando os efeitos da norma se produzam directamente, sem necessidade de acto (administrativo ou jurisdicional) de aplicação⁷³? Exemplos possíveis seriam, em certos casos, os planos urbanísticos ou de ordenamento do território – que no direito português tomam a forma de regulamentos (independentemente da discussão sobre a sua natureza).

42. Vários obstáculos são normalmente apontados à sua admissibilidade. O primeiro, e o mais claro, prende-se com o princípio da separação de poderes. A ser admitida esta tutela, é óbvio que sempre se deteria, sob perigo de ficar inquinada de usurpação de poderes, perante o poder legislativo⁷⁴, que está mesmo excluído da apreciação dos tribunais administrativos (artigo 4.º, n.º 2, alínea *a*), do ETAF). Também se deteria (obviamente) perante os vastos poderes discricionários da administração neste campo. Defendemos, no âmbito da aplicação adaptativa do regime da acção administrativa comum à acção de condenação à abstenção de prática de acto, o recurso ao artigo 71.º, n.º 2 (*vide infra*). Tem toda a lógica que esse regime também se aplique neste caso.

A eventual violação do princípio de separação dos poderes é, na nossa opinião, uma falsa questão, pois o que o tribunal deve controlar neste caso é, como não pode deixar de ser, a legalidade da norma⁷⁵. O regulamento iminente em causa desrespeita o “bloco de legalidade” e produz prejuízos em esferas individuais. Se o tribunal produz uma sentença que condena a Administração a não emitir norma ilegal não está a limitar os seus poderes, pois ela está absolutamente vinculada à legalidade. Não há competência na ilegalidade. O tribunal não pode aqui apreciar a conveniência da emissão da norma (artigo 3.º, n.º 1) e face a um espaço de autonomia administrativa deve abster-se de se pronunciar. Nada há de especialmente violador do princípio da separação de poderes na apreciação da legalidade de normas regulamentares pelos tribunais. Caso contrário esta não seria admitida em termos tão amplos como o é após a sua emissão, o que é, aliás, uma boa tradição do nosso contencioso e uma diferença qua-

⁷³ Sobre a impugnação de regulamentos no novo contencioso, cfr. P. DELGADO ALVES, “O novo regime de impugnação de normas”, in *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo*, Lisboa 2005, pp. 31 ss..

⁷⁴ Mas não no caso de actos administrativos materiais iminentes contidos em actos legislativos a ser emitidos, por força do princípio da irrelevância da forma do acto (artigo 268.º, n.º 4, da Constituição) como já foi referido.

⁷⁵ C. AMADO GOMES, “Dúvidas não metódicas sobre o novo processo de impugnação de normas do CPTA”, in *CJA*, n.º 60, 2007, pp. 15 ss..

litativa face à ordem jurídica administrativa alemã. Tratando-se de uma norma que, previsivelmente, possuirá as características que permitirão ao particular a sua impugnação directa através do mecanismo do artigo 73.º, n.º 2, e se a sua lesividade imediata (ou decorrente de uma situação de espera incomportável para o particular) for provada, não vemos como negar a tutela do particular face à consagração constitucional do princípio da tutela jurisdicional efectiva. Assim, estando garantidas a impugnabilidade directa da norma *a posteriori* e a sua lesividade imediata, deve ser admitida a tutela preventiva.

43. Outro problema que pode ser apontado deriva do disposto no artigo 73.º, n.º 2. Essa norma estabelece a subsidiariedade da declaração de ilegalidade de norma regulamentar sem dependência da recusa da sua aplicação em três casos concretos face ao n.º 1 do mesmo artigo. Além disso, prevê meramente uma declaração de ilegalidade sem força obrigatória geral, “com efeitos circunscritos ao caso concreto”, enquanto que, pelo contrário, a acção preventiva, a ser admitida, teria carácter necessariamente geral. Uma posição doutrinária contrária à posição por assumida poderia utilizar esta diferença como argumento contra a admissibilidade da acção de abstenção. Sem razão. Em primeiro lugar, não se considera que este argumento tenha peso suficiente para contrabalançar a garantia da tutela judicial efectiva alcançável pela possibilidade de impugnação. Para além disso, essa diferença não ocorre necessariamente uma vez que, em certos casos, a condenação à abstenção da emissão de um regulamento poderia redundar na introdução de uma cláusula de excepção ou de uma reformulação parcial do regulamento, o que aproxima a interpretação defendida do meio processual em causa do regime do artigo 73.º, n.º 2. Certo é que o que deve prevalecer é a garantia de uma tutela jurisdicional efectiva.

44. O princípio da tutela jurisdicional efectiva obriga à admissibilidade da acção preventiva de condenação à não emissão de normas regulamentares ilegais e imediatamente lesivas. Não se vê como o recusar aí onde o particular é lesado, ou corre sério risco de o ser, por emissão de norma cujos efeitos se produzem directamente na sua esfera patrimonial, sem necessidade de acto administrativo concretizador ou aplicador, a norma seja claramente ilegal por violar

uma vinculação legal absoluta da Administração⁷⁶. Assim será, especialmente, quando não seja exigível ao particular esperar pela emissão da norma (e consequente possibilidade de impugnação *a posteriori*) por a lesão se produzir imediatamente⁷⁷, ou porque a própria espera provoca uma lesão (devido à insegurança jurídica provocada na esfera do particular)⁷⁸.

É claro que, também neste caso, para ser admissível a tutela, é necessário que seja provável a emissão do regulamento e que este esteja o suficientemente determinado para suportar a “prova de legalidade”.

Não é igualmente possível a condenação à abstenção da regulamentação de norma em abstracto. É aqui que se encontra a maior dificuldade para se conseguir arguir com êxito a necessidade de tutela.

45. Uma das críticas que pode ser apontada a esta construção é que de pouco serve a admissão genérica da possibilidade desta acção, se depois os requisitos de admissibilidade são de tal forma estreitos e exigentes que raramente alguma acção será admitida por esta via. A resposta a esta crítica desagua mais uma vez no princípio da tutela jurisdicional efectiva. O eventual reduzido número de acções propostas não deve influenciar a justificação da existência, em abstracto, de um meio processual. O que é relevante é a sua admissibilidade tendo em vista uma tutela total e sem lacunas dos administrados. Os requisitos resultam da adaptação do regime geral da condenação da administração à abstenção de comportamentos, com o regime específico da impugnação de normas administrativas.

A aceitação da admissibilidade de recurso a esta acção confirma mais uma vez que a inclusão sistemática da acção no âmbito da acção administrativa comum não foi a mais correcta. Aqui claramente estamos no âmbito do exercício de poderes de autoridade. Mas não usar a inserção sistemática como o argumento decisivo para a não admissibilidade desta acção. O princípio da tutela jurisdicional efectiva deve tornar esse obstáculo formal irrelevante, tanto mais

⁷⁶ Ou exista uma situação de redução clara da discricionariedade a zero, numa situação próxima da prevista no artigo 71.º, n.º 2.

⁷⁷ Sem que o recurso a uma tutela cautelar evite danos insuportáveis para o particular.

⁷⁸ Cfr., com uma posição próxima, P. MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, p. 532 e C. AMADO GOMES, “Dúvidas não metódicas sobre o novo processo de impugnação de normas do CPTA”, pp. 15-16.

através da nossa proposta de interpretação adaptativa das regras procedimentais da acção, levando à aceitação da sua admissibilidade.

(2) A “probabilidade” da emissão de acto lesivo como pressuposto da acção inibitória

46. Já vimos que o legislador não estabeleceu expressamente todos os pressupostos de admissibilidade desta acção. No entanto, podemos retirar da letra da lei um pressuposto quando estiver em causa a não emissão de acto. O preceito prevê a “condenação da Administração à não emissão de um acto administrativo, quando seja provável a emissão de um acto lesivo”. Temos assim que o acto só pode ser objecto de apreciação preventiva de legalidade se for *provável*. Apesar de estar prevista após o elemento “designadamente”, e por isso dentro do exemplo relacionado com o acto administrativo, o requisito da “probabilidade” também deve ser pressuposto de uma acção preventiva de abstenção da prática de actuações materiais lesivas e de emissão de norma regulamentar, porque a necessidade de tutela judicial só se pode considerar relevante, dando origem a uma pronúncia pelo tribunal, nesse caso.

47. Mas, em que é que se traduz esta necessidade de probabilidade? Não é necessário que o acto seja certo, mas também não basta a mera possibilidade ou eventualidade: é preciso que seja provável. Assim, é preciso mais do que a mera previsão legal que permite determinada actuação – como aliás já vimos, a propósito da necessária concretização do acto iminente –, mas é preciso menos do que a certeza para além de qualquer dúvida que o acto vai ser praticado – de prova extremamente difícil. No entanto, fica a pergunta: quando é que podemos dizer que determinado “comportamento” é provável?

Uma resposta possível é: quando a Administração anunciou que ia tomar esse comportamento.

48. A probabilidade da actuação está relacionada com a demonstração por parte da Administração, através de um qualquer meio, de que vai adoptar esse comportamento ou que o considera seriamente. Uma das formas que pode ser

utilizada pela Administração para anunciar uma determinada conduta futura é a *promessa*. A promessa administrativa é o acto através do qual a Administração se vincula a praticar determinado acto futuro – que pode ser, por exemplo, um acto administrativo – ou a actuar de determinada forma face a outro sujeito e pode ser bilateral ou unilateral^{79/80}. Perante uma promessa da Administração de que actuará de certa forma, os restantes sujeitos podem razoavelmente esperar que de facto assim aconteça.

Fora do âmbito da promessa administrativa, o juízo de probabilidade deve-se basear na existência de «indícios minimamente consistentes e objectivos de que é essa a intenção da Administração»⁸¹.

A averiguação da existência dessa probabilidade pode envolver a formulação de dois tipos de juízos: juízos temporais (provável porque temporalmente próximo), ou de juízos sobre a prática do acto (o comportamento da Administração indicia que a sua emissão, por qualquer motivo, é provável, apesar de não temporalmente próxima). Esses juízos devem ser sempre juízos razoáveis – trata-se de um «juízo de mera previsibilidade»⁸² condicionado pelas circunstâncias do caso concreto e pelo desenrolar das coisas. Por outras palavras, deve existir um «fundado receio»⁸³ do comportamento, com um determinado fundamento jurídico que permita, em termos de plausibilidade e razoabilidade, que o comportamento vai ocorrer.

A previsibilidade da actuação da Administração pode verificar-se com base no desenvolver normal da actuação administrativa, nomeadamente, por existir um costume administrativo que impõe tal actuação, uma praxe, prática ou uso administrativo nesse sentido, ou porque é assim que normalmente a Administração actua.

⁷⁹ Sobre esta matéria cfr., J. TABORDA DA GAMA, *Decisão de autovinculação e acto administrativo devido*, pp. 93 ss., *Promessas administrativas*, pp. 87 ss..

⁸⁰ V.g., o contrato-promessa de acto administrativo, os acordos endo-procedimentais, etc..

⁸¹ M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 267.

⁸² M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 267.

⁸³ M. AROSO DE ALMEIDA / C. A. FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 205-206; V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, pp. 419-420; C. A. FERNANDES CADILHA, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2006. PEDRO GONÇALVES exige a existência de “probabilidade séria” do comportamento, cfr. P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 156-157.

Não basta, por isso, que o autor tenha um medo difuso por um futuro incerto. O receio da actuação ilícita lesiva deve ser juridicamente qualificado⁸⁴.

49. É também necessário que a Administração não manifeste ter desistido do seu propósito – a actualidade da vontade demonstrada é também um requisito.

A.2. Os particulares como sujeitos passivos da acção inibitória

50. Os particulares envolvidos numa relação jurídico-administrativa podem ser demandados através de uma acção de abstenção, quer pela Administração, quer por outros particulares, por ameaça de violação ou violação efectiva de regras jus-administrativas (legais ou contratuais).

51. A definição de particulares, para efeitos desta acção, deve incluir todas as entidades envolvidas com a prossecução do interesse público e que não podem ser consideradas pessoas colectivas de Direito Público, como, nomeadamente, os concessionários (é o exemplo dado pela lei), as instituições privadas de solidariedade social, as sociedades participadas pelo Estado e as pessoas colectivas de utilidade pública. Mas não se fica por aí: um qualquer particular, pode ser demandado numa acção deste tipo. Isso é permitido, desde logo, pelo artigo 10.º, n.º 7.

52. Na Alemanha existem dúvidas sobre a admissibilidade desta acção quando interposta contra particulares. Alguns consideram-na possível⁸⁵ como, por exemplo, HUFEN, GLAESER OU HORN⁸⁶. Também ULE⁸⁷ emite uma opinião favorável por causa da jurisprudência do BVerwG sobre *Feststellungsklage*⁸⁸, as ac-

⁸⁴ V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, p. 419-420.

⁸⁵ HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. Teil, § 16, I., 4, b), pág. 346, Rn 23.

⁸⁶ GLAESER/ HORN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., Rn. 394 e ss, pág. 246 e ss.

⁸⁷ ULE, *Verwaltungs-prozeßrecht*, 9. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1987, 3. Teil, § 34, III, pp. 210 ss..

⁸⁸ Cfr. BVerwG E 28, 153.

ções declarativas. Outros duvidam da sua admissibilidade. A jurisprudência já considerou a acção admissível⁸⁹.

53. Em Portugal, as dúvidas sobre a admissibilidade da acção são injustificadas. Sendo certo que é possível a condenação de particulares ao cumprimento de deveres que a Administração não esteja em condições legais de impor extrajudicialmente, por si própria, através da emissão de um acto administrativo (artigo 10.º, n.º 7), face ao regime legal pode surgir a dúvida sobre qual a base legal para uma acção de condenação à abstenção, mesmo prévia, contra particulares. A dúvida coloca-se entre o artigo 37.º, n.º 2, alínea c), ou o n.º 3 do mesmo artigo.

O artigo 37.º, n.º 3, pode ser interpretado como não abrangendo a dedução de pretensões da Administração contra particulares, mas sim apenas os casos de litígio entre particulares. Se assim for, nestes casos restaria o recurso à cláusula geral do artigo 37.º, n.º 1, e mais especialmente ao artigo 37.º, n.º 2, alínea c)⁹⁰.

54. A dificuldade de distinção deriva do facto de a lei ser vaga e pouco precisa. Se, por um lado, podemos interpretar o termo “entidades” do n.º 3 como incluindo também as entidades da Administração, pois não se fala em públicas ou privadas, a verdade é que se exige que a entidade tenha demandado a Administração a adoptar as medidas adequadas. Este requisito não faria sentido se a entidade que propõe a acção for a entidade pública competente, mas sem o poder de autotutela neste caso. Por outro lado, nada no artigo 37.º, n.º 2, alínea c), indicia que este só se aplica para demandar a Administração. A prová-lo temos o elemento exemplificativo (o “designadamente”). Como distinguir, então, o âmbito de aplicação das duas normas? Na nossa opinião, no caso da acção de condenação à abstenção de uma entidade particular que caiba na previsão do n.º 3, as duas normas devem ser lidas em conjunto. O artigo 37.º, n.º 2, alínea c), estabelece a admissibilidade em geral da acção de condenação à abstenção, enquanto que o n.º 3 estabelece a admissibilidade da demanda de particulares, especia-

⁸⁹ Cfr. BayVGH, BayVBl 1986, 726.

⁹⁰ M. AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, p. 126; C. A. Fernandes Cadilha, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, p. 98.

lizando os requisitos dessa acção de abstenção. Não existe, pois, uma relação dicotómica entre os dois preceitos, mas de complementaridade, o que é comprovado pela natureza meramente exemplificativa do artigo 37.º, n.º 2, alínea c), face ao n.º 1 do mesmo artigo.

55. O artigo 37.º, n.º 3, exige aqui a existência de “fundado receio” de comportamento violador de norma jurídico-administrativa. A questão reporta-se ao difícil preenchimento interpretativo do que seja um “fundado receio”. A sua verificação deve ser aferida em função da existência de indícios que justifiquem a ameaça de violação. Ou seja, cremos poder reconduzir este requisito à probabilidade do comportamento lesivo, só que, neste caso, a praticar por um particular. Exige-se, deste modo, a prova de que o “receio” é “fundado”. Nesse sentido, podemos falar, em última análise, de prova da necessidade de tutela.

A.3. A Administração como sujeito activo da acção inibitória

56. A Administração poderá propor uma acção pública contra um particular quando se comprove a existência de “fundado receio” que este possa violar determinados vínculos jurídico-administrativos. Para a Administração gozar de legitimidade activa é necessário que a situação se enquadre dentro de uma relação jurídica administrativa e, obviamente, tratar-se de direitos e interesses que lhe cumpra defender⁹¹. Também é necessário que a Administração não possua, nesse determinado caso concreto, os poderes especiais de autoridade que seriam necessários para evitar essa violação, nomeadamente o poder de autotutela executiva⁹². Caso possua esses poderes, trata-se de um caso de inexistência de interesse processual.

Quando o particular estiver já a lesar um vínculo jurídico-administrativo pode também a Administração, na ausência de poderes de autotutela executiva,

⁹¹ Cfr., para efeitos de auxílio interpretativo, o artigo 55.º, n.º 1, alínea c), e artigo 68.º, n.º 1, alínea b).

⁹² Devemos reforçar que, quando a Administração quiser prosseguir um objectivo que também podia ser atingido através da prática de um acto administrativo, a necessidade de tutela deve ser, regra geral, negada.

fazer uso deste mecanismo para impor um determinado comportamento ao particular.

57. Um órgão da Administração ou uma pessoa colectiva pública também podem ter legitimidade para demandar outro órgão ou outra pessoa colectiva pública⁹³. São admitidos, no nosso direito, litígios entre os órgãos de uma pessoa administrativa pública ou entre pessoas administrativas públicas, nos termos em que a lei lhes dá legitimidade (artigo 10.º, n.º 6). Este género de acção está igualmente previsto no artigo 37.º, n.º2, alínea *j*), em relação a diferentes entidades administrativas.

A administração local ou regional pode recorrer a esta acção para reagir contra actuações materiais, actos ou regulamentos da administração central que lesem a sua autonomia ou interesses difusos da comunidade local ou da região. Esta é uma competência especialmente importante em âmbitos em que Estado e autarquias locais têm de competências concorrentes ou em que devem coordenar ou cooperar as suas actuações (v.g., o ordenamento do território).

A legitimidade activa do Estado, neste âmbito, pode servir como mecanismo de controlo sobre a administração local, num enquadramento normativo em que os poderes de tutela e os poderes de controlo administrativo são muito enfraquecidos⁹⁴. Também pode ser útil nas relações entre a administração central e as diversas entidades administrativas independentes que têm vindo a surgir.

É, da mesma forma, admissível a interposição de acções entre várias entidades públicas da administração local ou regional do mesmo tipo⁹⁵ ou de tipos diferentes⁹⁶. Não parece possível tal acontecer dentro da própria administração central ou, mais genericamente, entre entidades unidas por laços de hierarquia. Se assim não fosse, por exemplo, podia uma escola secundária reagir preventivamente contra um acto da Direcção Regional de Educação ou uma Comissão de

⁹³ Na Alemanha é concebível uma *Unterlassungsklage* nestes termos. Vide, a mero título de exemplo, ULE, *Verwaltungs-prozeßrecht*, 3. Teil, § 35., III.

⁹⁴ A. FOLQUE, *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os municípios*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 334 ss..

⁹⁵ Por exemplo: entre municípios vizinhos, entre freguesias, entre regiões autónomas, entre universidades públicas, entre faculdades públicas, entre institutos públicos, entre associações públicas, etc.

⁹⁶ As combinações possíveis são imensas. A mero título de exemplo, podemos apontar a possibilidade de acção entre uma freguesia e um município, entre um município e uma região autónoma, entre uma faculdade e uma universidade, etc..

Coordenação e Desenvolvimento Regional atacar um acto iminente do Ministro do Ambiente.

A.4. O particular como sujeito activo da acção inibitória

58. A legitimidade activa dos particulares deve ser aferida à luz do artigo 9.º, n.º 1, ou seja, depende da alegação de ser parte da relação material controvertida.

A acção de condenação à abstenção é admissível quando o autor conseguir provar plausivelmente que o comportamento que pretende atacar é ilegal e vai possivelmente lesar um seu direito ou interesse legalmente protegido⁹⁷. De forma semelhante, na Alemanha, a acção só é admitida se o comportamento contra o qual o particular se defende lesa um seu direito⁹⁸.

59. Tendo em conta tudo o que foi já exposto, parece ser possível a enunciação geral dos pressupostos necessários para a admissibilidade desta acção. É necessário a verificação de três pressupostos cumulativos.

Em primeiro lugar, a existência de um bem jurídico do particular que é tutelado pela ordem jurídica. A acção de abstenção dirige-se à protecção de direitos (incluindo os direitos fundamentais) ou interesses legalmente protegidos dos particulares como, por exemplo, o direito de propriedade, o direito à livre iniciativa económica e de empresa, os direitos da personalidade, o direito à saúde, entre outros.

Em segundo lugar, esse bem jurídico deve estar a sofrer uma lesão ou existir um fundado receio de que essa lesão se verifique por causa de um comportamento de uma entidade administrativa ou de um particular. A lesão deve ter algumas características, nomeadamente ser suficientemente relevante, não precisando, no entanto, de ser demasiado dura ou insuportável. A sua gravidade ou intensidade deve ser avaliada face ao interesse público tutelado, de acordo com um juízo de proporcionalidade. Deve existir um balanceamento entre o propósito público e a defesa privada, ou seja, é preciso aferir, face ao caso concreto, qual

⁹⁷ C. A. FERNANDES CADILHA, “Legitimidade Processual”, in *CJA*, n.º 34, 2002, p. 17.

⁹⁸ Cfr., por exemplo: OVG Koblenz, DVBl 1995, 629 – *Kritik des Vorgesetzten und Amtsführung*. Em relação a Portugal, *vide infra*.

a medida de lesão que a situação obriga o privado a suportar, bem como o peso fundamental e social dos interesses públicos que justificam a necessidade de lesão. Se a lesão deve ser considerada um mero transtorno face ao interesse geral ou direitos de terceiros, não deve ser considerado que este requisito está preenchido. Apenas quando o juízo revelar que o requisito está preenchido, deve o tribunal considerar que o autor tem legitimidade para interpor a acção.

Para a acção preventiva não é necessária a lesão efectiva, basta ocorrer o momento quando já é previsível, mesmo antes da lesão, segundo um juízo de razoabilidade, que esta vai ocorrer ou existe grave risco da sua ocorrência.

Em terceiro lugar, é necessária a ilegalidade da lesão. A acção só é admissível se a actuação administrativa for, presumivelmente, ilegal. A ilegalidade pode ser derivada de vários tipos de vícios, como já sabemos.

60. Devido à subsidiariedade da acção administrativa comum face à especial (artigo 37.º, n.º 1), o pedido de condenação à abstenção só é admissível se não se tratar de uma situação que caia no âmbito da acção administrativa especial. Ou seja, no caso de acção de abstenção contra meras actuações, tem de visar um resultado que não podia ser prosseguido pela emissão ou pela impugnação de um acto administrativo; tratando-se de abstenção contra a emissão de actos ou normas, estes não devem ter sido ainda emitidos.

61. Também pode um particular demandar outro nos termos do artigo 37.º, n.º 3. Os requisitos são, *mutatis mutandis*, os mesmos.

A.5. O Ministério Público e o actor popular como sujeitos activos da acção inibitória

62. No âmbito desta acção e nos termos do regime geral do artigo 9.º, n.º 2, também o Ministério público ou qualquer actor popular gozam de legitimidade activa, para a defesa dos princípios aí enumerados⁹⁹. Mas será que nestes casos é possível que se verifiquem os requisitos acima identificados? Em que termos para a acção ser admissível?

⁹⁹ C. A. FERNANDES CADILHA, “Legitimidade Processual”, in *CJA*, n.º 34, p. 10

63. Quanto à acção popular, esta deve ser admitida, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, para tutelar interesses difusos, nomeadamente a saúde pública, o ambiente, o urbanismo ou o ordenamento do território. A acção popular, nestes termos, é um meio de defesa de interesses metaindividuais qualificados, não se confundindo com a função clássica de controlo jurídico-objectivo da actividade da Administração, apenas dirigida à restauração da legalidade objectiva¹⁰⁰ – apesar de ser identificável uma função objectivista paralela nesta acção popular¹⁰¹. Os interesses materiais que são prosseguidos são os já estabelecidos no texto constitucional (artigo 52.º, n.º 3, da Constituição) e correspondem a fins do Estado a cargo da Administração¹⁰².

64. Em relação à legitimidade do Ministério Público, este é um dos casos em que se justifica a interpretação adaptativa do regime aplicável à acção recorrendo ao regime da acção administrativa especial, principalmente no que diz respeito à acção para a condenação à prática do acto devido. O Ministério Público deve ter, no contexto desta acção, uma posição processual específica. Assim, por causa da semelhança de situações que se referiu acima, por se tratar neste caso de uma condenação à não emissão de acto administrativo, o Ministério Público só deve ter legitimidade activa nos casos análogos aos enunciados no artigo 68.º, n.º 1, alínea c). Ou seja, para além de apenas ter legitimidade activa quando esteja em causa a tutela de algum dos interesses referidos no artigo 9.º, n.º 2, (o que já resulta da aplicação do regime legal), ainda será necessário que o dever de não praticar o acto resulte directamente da lei. No caso de não emissão de norma também se deveria aplicar analogicamente o regime do artigo 73.º, nomeadamente do seu n.º 3.

A acção pública tem, neste caso, o mesmo objectivo de tutela de interesses metaindividuais qualificados – com uma função objectivista paralela –, tal como a acção popular¹⁰³.

65. Como nos movemos no âmbito da acção administrativa comum, a legitimidade está absolutamente cerceada pelo objectivo do controlo de interesses metaindividuais e de controlo da legalidade objectiva, *i.e.* condicionada à tutela

¹⁰⁰ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, pp. 649 ss. e 722 ss..

¹⁰¹ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 741.

¹⁰² J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 659.

¹⁰³ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, pp. 725 ss..

daqueles bens¹⁰⁴. Daí resulta a natureza binária da causa de pedir nestes casos – a alegação da ilegalidade da conduta ou situação deve ser acompanhada da alegação da produção actual ou provável de efeito lesivo naqueles bens¹⁰⁵.

Nesse sentido, a alegação de que a acção para a condenação à abstenção apenas serve para tutelar direitos absolutos parece conduzir a uma restrição da legitimidade activa que não encontra sustentação no texto legal nem razão de ser dentro da teleologia do regime. A jurisdição administrativa está ao serviço da tutela de interesses metaindividuais qualificados¹⁰⁶ também no âmbito da condenação à abstenção.

66. Também se pode aventar a possibilidade da aplicação do regime da alteração subjectiva da instância (artigo 62.º) a título de interpretação adaptativa do regime da acção de abstenção à prática de um acto. Nestes termos, o Ministério Público poderia tornar-se “autor substituto”¹⁰⁷ da acção, ou seja, no decorrer de uma acção de condenação à abstenção de prática de acto, requerer o seguimento do processo que tenha terminado por uma qualquer «circunstância própria do autor» (artigo 62.º, n.º 1). É claro que essa possibilidade estaria limitada aos processos em que o próprio Ministério Público tivesse legitimidade activa pública nos termos acima referidos, ou seja, nos casos análogos ao do artigo 68.º, n.º 1, alínea c), em conjugação com o artigo 9.º, n.º 2¹⁰⁸.

A.6. Os contra-interessados

67. A posição dos contra-interessados da relação jurídica deve ser tutelada também nesta acção.

Assim, quando estiver em causa a abstenção de mera actuação administrativa, devem ser demandados em conjunto com a Administração os particulares que beneficiam ou vão beneficiar dessa actuação, bem como os que serão prejudicados pela abstenção, e também as entidades públicas que prossigam ou

¹⁰⁴ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, pp. 730 e 734.

¹⁰⁵ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 728.

¹⁰⁶ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, pp. 722 ss..

¹⁰⁷ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, pp. 733 ss.; C. A. FERNANDES CADILHA, “A reforma do contencioso administrativo: debate público”, in *CJA*, n.º 21, 2000, p. 6.

¹⁰⁸ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 734.

tenham entre as suas atribuições interesses públicos que estejam implicados no objecto do processo.

68. No caso de se tratar de condenar à não emissão de acto os contra-interessados, ou seja, aqueles que seriam beneficiados pela emissão do acto ou aqueles que são prejudicados pela sua não emissão, devem ser chamados do mesmo modo que o são os contra-interessados, no caso do artigo 68.º, n.º 2. Exemplo típico será o do particular que, no caso concreto, tivesse possibilidade de interpor uma acção de condenação à prática de acto devido. Este facto deve-se ao princípio do contraditório, bem como ao princípio da estabilidade da relação jurídica em causa. Também aqui outras pessoas públicas poderão ter de ser chamadas à lide, desde que em relação aos direitos ou interesses que lhes caiba defender. Se o acto cuja prática é inibida tem um destinatário determinado devemos considerar a sua intervenção obrigatória. Trata-se de um caso de litisconsórcio necessário (artigo 28.º CPC)¹⁰⁹, sendo que a ausência desse destinatário da lide provocará ilegitimidade passiva necessária, e consequente absolvição da instância se não for suprida por intervenção de terceiro (que pode ser voluntária ou provocada).

B. Interesse processual ou interesse em agir como pressuposto da acção de condenação à abstenção

B.1. Admissão genérica da sua existência como pressuposto processual

69. O interesse processual ou interesse em agir pode ser definido como imediata vantagem, conveniência ou utilidade na declaração judicial e é constituído pelo interesse da parte activa em demandar para obter tutela judicial de uma situação ou direito subjectivo através de um determinado meio judicial e o correspondente interesse da parte passiva em impedir a concretização dessa tutela. A existência deste pressuposto processual impõe algumas restrições ao exercício do direito ao livre acesso aos tribunais. A possibilidade de exercício

¹⁰⁹ M. AROSO DE ALMEIDA /C. A. FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 208.

desse direito fica, pois, condicionada aos casos em que existe necessidade de tutela judicial e, ao mesmo tempo, inexistente outro meio, processual ou extra-processual, de obtenção da tutela requerida. A sua justificação prende-se com razões de economia processual e coerência do sistema, apesar de à semelhança do CPC¹¹⁰, o CPTA não consagrar o interesse em agir como um pressuposto processual geral¹¹¹.

O interesse em demandar do autor é o interesse em obter a tutela judicial e revela-se nas vantagens decorrentes da obtenção da tutela. O interesse em contradizer é o interesse na não concessão dessa tutela e afere-se nas desvantagens impostas à contraparte se a tutela for concedida. Os interesses são por isso correlativos, ou seja, se o autor tem interesse em demandar, então a parte passiva tem interesse em contradizer. Assim, o autor, ao preencher o seu pressuposto processual, garantindo a sua necessidade de tutela, assegura igualmente o interesse em contradizer da contraparte. O pressuposto processual é preenchido pelo autor em relação a ambas as partes, activa e passiva.

B.2. Especial relevância neste caso

70. Este requisito tem uma especial relevância no âmbito da acção de abstenção. Nos casos de acção de abstenção contra mera actuação administrativa que já está a ocorrer, o seu preenchimento é menos complexo. Nos casos de acção preventiva de abstenção a necessidade de tutela não é desde logo evidente e inequívoca como seria se já tivesse ocorrido a lesão. Exige-se, por isso, que o autor demonstre perante o tribunal a existência de uma situação de risco em que a probabilidade de ocorrência de danos é suficientemente forte para justificar a possibilidade de interpor uma acção preventiva, ou seja, pela prova da necessidade da tutela, e pela adequação do meio processual.

¹¹⁰ Existe alguma controvérsia na doutrina processual civil sobre a qualificação do interesse processual como pressuposto processual em termos genéricos. A controvérsia opõe a orientação negativista, cuja figura de proa é CASTRO MENDES (*vide* J. DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, Volume II, Lisboa, AAFDL, 1978, págs. 234 e seguintes), e a orientação positivista, liderada por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (cfr., M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse processual na acção declarativa*, Lisboa, AAFDL, 1989, pp. 5 ss.). No entanto, a discussão não releva para este efeito porque se prende com o regime positivo processual civil e não com nenhuma posição de princípio.

¹¹¹ Contém, no entanto, uma referência expressa a este pressuposto no artigo 39.º.

71. A necessidade processual verifica-se quando, dos factos apresentados pelo autor, podemos retirar que essa parte precisa da tutela judicial para realizar ou impor aquela situação. É neste âmbito que deve ser aferida a suficiente determinação do comportamento. Existe também necessidade, regra geral, quando o autor quer evitar a repetição de um acto¹¹² e a sua mera revogação não garantida, por um qualquer motivo, com toda a certeza que a Administração não o volte a praticar. Nesse caso justifica-se uma cumulação de pedidos entre a impugnação do acto e o pedido de condenação à abstenção de o voltar a praticar.

72. Para além disso, devemos verificar se o meio processual utilizado é o adequado para obter a tutela pretendida. Isto verifica-se, nomeadamente quando não exista um outro meio de atingir o fim pretendido. A adequação do meio processual está ligada com a necessidade de averiguar se a tutela preventiva se justifica, nomeadamente por a impugnação posterior do acto (com o eventual recurso a medidas cautelares) não ser suficiente para garantir a tutela dos direitos do particular, designadamente por o acto ter eficácia externa instantânea ou por o seu incumprimento implicar uma sanção (por exemplo, compulsória). Quando não tenha sido iniciado o procedimento, mas haja motivos sérios para concluir que a emissão do acto é provável, a necessidade processual estará na remoção da situação de incerteza.

73. Nas mesmas situações em que não seria admissível recorrer à acção de impugnação, então também não se poderá recorrer a este meio. Também pode ser recusado a existência de interesse se a acção vier em oposição a um seu comportamento anterior¹¹³.

B.3. A desnecessidade de um “interesse processual qualificado”

74. Como já vimos, o autor deve demonstrar que necessita de uma tutela preventiva para interpor uma a acção de prevenção dirigida a uma actuação fu-

¹¹² Cfr., na Alemanha, BVerwG E 64, 298, 299 e GLAESER/HORN, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 241.

¹¹³ Exemplo: o particular vende um terreno para a construção de um parque infantil e depois vem tentar evitar a construção desse mesmo parque.

tura da Administração de qualquer tipo. Mas mais uma vez o CPTA não nos fornece qualquer pista sobre qual o conteúdo concreto do interesse processual exigível neste caso¹¹⁴.

Normalmente, a doutrina alemã¹¹⁵ considera que o autor deste género de acções precisa de ter interesse processual “qualificado”, principalmente, quando a tutela preventiva se dirige à condenação à abstenção de prática de um acto administrativo. Nestes casos existe já uma tutela reactiva muito completa, bem como a possibilidade da tutela cautelar que permite uma delimitação do risco corrido pelo particular durante a acção e a protecção contra factos consumados. Considera-se, por isso, que o interesse processual “qualificado” apenas se verifica nos casos em que a prática do acto tenha como consequência a produção de danos irreversíveis que uma eventual reacção *a posteriori*, mesmo que acompanhada pela tutela cautelar, não remova ou só muito dificilmente se apresente como capaz de remover.

Assim, segundo a jurisprudência alemã¹¹⁶, existe a referida necessidade de tutela “qualificada”, nomeadamente quando:

- a) No procedimento que vai conduzir à prática do acto pela Administração há uma lesão, ou esse procedimento indicia que, se o acto vier a ser praticado, dele resultará um risco previsível de lesão que tem consequências agravadas sobre um interesse digno de tutela do autor;
- b) Não é exigível ao interessado, segundo um juízo de proporcionalidade, a espera pela consumação do comportamento, tendo em consideração os interesses públicos, por um lado, e privados, por outro lado, que se preveem em confronto;
- c) Quando seja certo que o autor não possa ser efectivamente tutelado posteriormente, através de uma acção de impugnação do acto, inclusive através da tutela cautelar.

Exemplos de verificação destes requisitos, segundo a jurisprudência citada, podem ser os actos administrativos que geram factos consumados irreversíveis, como os casos de encerramento de um restaurante¹¹⁷, ou o derrube de uma

¹¹⁴ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 774

¹¹⁵ Na Alemanha são desta opinião, por exemplo, GLAESER/ HORN, *Verwaltungsprozessrecht*, Rn. 378 ss., pp. 240 ss..

¹¹⁶ Cfr. BVerwGE 26, 23, 24; 40, 323; 54, 211, citados em REDEKER / VON OERTZER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Rn. 162, p. 206.

¹¹⁷ Cfr. VGH München, NJW 1986, 3221.

mata¹¹⁸ e situações semelhantes em que a única tutela possível é a indemnizatória. Outros exemplos são os casos em que é previsível que a Administração invoque com sucesso uma causa legítima de inexecução no decorrer da execução de uma sentença resultante da impugnação do acto que iria ser praticado.

75. Concordamos, obviamente, que nestes casos existe interesse processual para a prossecução desta acção. Não concordamos, no entanto, num primeiro momento, em considerá-lo “qualificado”. Do que se trata aqui é de estabelecer quais as características de que o interesse se deve revestir para preencher este pressuposto processual. Para ser considerado “qualificado” era preciso existir algo com que pudesse ser comparado, algo face ao qual este fosse um *plus*, uma espécie de interesse processual “simples”. Não é isso que acontece. O interesse processual é a imediata vantagem, conveniência ou utilidade na declaração judicial. O que se trata aqui é pura e simplesmente aferir se tal existe ou não, de estabelecer, repete-se, se as características do interesse em agir, que é pressuposto processual da acção de condenação à abstenção, estão ou não presentes. Chamar-lhe qualificado não faz, por isso, sentido.

76. Num segundo momento, é também duvidosa a importação, sem mais, do raciocínio desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs para o Direito português.

Segundo um raciocínio como esse, a interposição de uma acção de condenação da Administração à abstenção exigiria um interesse qualificado – não só se teria que preencher o requisito de interesse processual presente no artigo 39.º, mas também demonstrar que a espera pela prática do acto ou pela emissão do regulamento não eram exigíveis ao cidadão. Isto poderia acontecer por a lesão já estar a ocorrer ou por a resposta fornecida pela tutela reactiva em conjunto com a tutela cautelar não serem suficientes para dar resposta à necessidade de tutela sentida¹¹⁹. Também está presente na acção quando uma reacção *a posteriori* já não ofereça a possibilidade de reconstituição da situação actual hipotética, a que o CPTA dá prioridade, só tutelando o particular através de eventual indemnização.

¹¹⁸ Cfr. OVG Berlin, DVBl 1977, 901.

¹¹⁹ M. AROSO DE ALMEIDA /C. A. FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 207.

Esta linha de pensamento está relacionada com uma “desconfiança” face a este novo meio processual por parte da maioria da doutrina. Segundo esse ponto de vista, a condenação a não praticar actos administrativos constitui uma interferência face ao regular funcionamento da actividade administrativa antes de qualquer lesão¹²⁰, uma vez que o tribunal intervém intempestivamente sob a perspectiva do processo administrativo, não permitindo à Administração o exercício das suas competências conformativas¹²¹. Nesse sentido, a própria utilidade do procedimento administrativo ficaria em crise. A acção deveria ser excepcional pois a Administração tem o direito ao exercício das suas competências, não resultando do princípio do Estado de Direito Democrático ou do princípio da legalidade, nenhum direito à abstenção da administração¹²².

Para além disso, os críticos deste meio processual defendem que este é perigoso por permitir uma abusiva intromissão dos tribunais na actividade administrativa, o que conduz à perturbação da separação de poderes¹²³. A Administração vê o procedimento ser paralisado, sendo inibida no exercício da sua competência antes mesmo de ter a oportunidade de agir¹²⁴.

Por fim, argumenta-se igualmente que se não for dada primazia da tutela reactiva existe o perigo de o recurso generalizado a este meio processual esvaziar de importância e utilidade a acção de impugnação¹²⁵.

77. Não se pode concordar com este raciocínio. É inaceitável a inclusão no interesse processual de uma acção de condenação à abstenção da prática de acto da ponderação da possibilidade de recurso a uma eventual reacção *a posteriori* e os seus efeitos, em termos tais que tornam a acção de condenação subsidiária ou supletiva face à impugnação do acto (meio processual que é considerado, neste ponto de vista, como o meio “normal” de reagir)¹²⁶.

¹²⁰ P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 150.

¹²¹ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 772

¹²² P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 150-151.

¹²³ P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 150.

¹²⁴ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 773

¹²⁵ P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 156. Cfr. igualmente SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, p. 249.

¹²⁶ No sentido do texto, embora com outra fundamentação, cfr. P. GONÇALVES, “A acção administrativa comum”, p. 156. Em sentido contrário, cfr. M. AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, pp. 115-116; M. AROSO DE ALMEIDA /C. A. FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, pp. 207-208.

A importação acrítica do requisito do Direito alemão para o português não pode proceder desde logo porque o enquadramento normativo é diferente. É natural que na ordem jurídica alemã, por não existir consagração expressa deste instituto, predomine uma visão mais restritiva da sua admissibilidade. Não se concorda com a ideia segundo a qual só se poderia recorrer a uma acção de condenação na abstenção quando a necessidade de tutela não seja absolutamente assegurada por uma reacção *a posteriori*. É claro que nestes casos existe interesse processual. O que se contesta é a afirmação de que apenas nestes casos exista interesse processual.

Nada no CPTA nos indica que a acção prevista no artigo 37º, n.º 2, alínea c), *in fine*, deva ser supletiva em relação à acção de impugnação do acto. De facto, de acordo com um argumento literal *a contrario*, quando o legislador quis que um meio processual fosse supletivo nestes termos, fê-lo – é o caso da intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias (artigo 109.º ss.). Se, neste caso, a supletividade não foi prevista, então não há motivos para que exista apenas para este pedido da acção administrativa comum.

A favor da alegada supletividade – que acarretaria a necessidade de um interesse qualificado – nunca se poderá invocar o artigo 37.º, n.º 1. Em bom rigor, quando se recorre à acção administrativa comum de condenação à abstenção de prática de acto, nunca se poderia recorrer à acção administrativa especial de impugnação do acto, pois este, necessariamente, ainda não foi praticado (a não ser assim, a questão não se poria).

78. Os perigos apontados são infundados. Estamos perante uma acção que visa, em primeiro lugar, como já se disse, a garantia de tutela jurisdicional efectiva em casos em exista necessidade de tutela. Nem se pode dizer que esta acção viola o princípio de separação dos poderes, uma vez que se limita a controlar a legalidade da actuação da Administração. Não se poderá falar sequer aqui em interferência dos tribunais no exercício normal e típico da função administrativa, uma vez que não há competência para a prática de actos ilegais. Uma sentença que condena a Administração à abstenção de um comportamento ilegal não está a limitar os seus poderes, pois ela está absolutamente vinculada à legalidade – apenas pode actuar com base na lei e dentro dos seus limites. Se a lei não lhe permite actuar daquela forma, então não existe poder público para praticar

aquele comportamento. A Administração é impedida de praticar um acto ilegal, que não tem o direito ou competência de fazer. Trata-se de uma paralisação da actuação da Administração defensiva da legalidade.

Está, também, assegurada a preservação de um espaço próprio e autónomo de decisão administrativa. O tribunal não pode (nem nunca poderia) apreciar a conveniência ou a oportunidade da actuação (artigo 3.º, n.º 1) e face a um espaço de valoração própria da actividade administrativa deve abster-se de se pronunciar, nas condições fornecidas pelo artigo 71.º, n.º2. É inadmissível, por isso, aos tribunais cederem à alegada tentação de se substituírem à Administração, uma vez que tal tentação, pura e simplesmente, não pode tomar forma. Por isso, também não se poderá falar aqui de perigo de substituição do sistema de administração executiva por um sistema judicial, ou o “governo de juízes”.

O facto de ser atribuído um maior poder de controlo da legalidade da actuação administrativa aos tribunais não quer dizer que estes se vão substituir à Administração. Até porque a experiência histórica do nosso contencioso administrativo mostra-nos tribunais que exercem muitas vezes uma auto-contenção, por vezes mesmo excessiva. A acção só procede se o acto é ilegal, se há indícios de ilegalidade suficientemente fortes. A acção também só deverá proceder se, no caso concreto, a lei proibir a prática do acto com determinado conteúdo ou conferir ao particular o direito a uma abstenção relativamente a uma determinada actuação administrativa.

79. Nem se invoque aqui a presunção da legalidade do acto. Não existe presunção da legalidade do acto administrativo pelo simples motivo de que não existe ainda nenhum acto administrativo. O argumento só seria utilizável se fosse gizado um princípio da presunção de legalidade da actuação *futura* da Administração. Seria ir longe de mais.

80. Também não se pode deixar de referir que a eventual paralisação da actividade administrativa, nomeadamente após audiência prévia, não seria o resultado da interposição de uma acção de abstenção de comportamento, uma vez que esta não tem eficácia suspensiva do procedimento administrativo. O risco está, isso sim, relacionado com a tutela cautelar¹²⁷. É a adopção de providências

¹²⁷ Uma vez que, se a paralisação da actividade administrativa resultar da condenação à abstenção, então estamos perante um comportamento que a Administração não poderia tomar

cautelares pelos tribunais que pode suspender o procedimento administrativo. Ora, as providências cautelares não são atribuídas automaticamente. Envolvem um juízo de *fumus boni iuris e periculum in mora* que nem sempre existirão. Para além disso, se o juiz verificar que, ponderando os interesses públicos e privados, se os danos forem superiores aos benefícios não lhe deve dar procedência (artigo 120.º, n.º 2) devendo fazê-lo mesmo na ausência de contestação (artigo 120.º, n.º 5). De qualquer forma, este é um problema que terá que ser resolvido no quadro geral da tutela cautelar e não da tutela preventiva.

81. Em relação a um alegado perigo de esvaziamento ou substituição da acção de impugnação de acto administrativo, estamos perante uma falsa questão. As duas acções têm âmbitos bem distintos apesar de, obviamente, complementares. Cada uma das acções representa a resposta processual para situações que geram necessidades de tutela distintas, mas interrelacionadas. Ambas servem para pôr em questão determinadas actuações da Administração. Uma delas permite uma reacção perante a iminência da actuação, a outra perante a actuação propriamente dita. Por isso têm, naturalmente, requisitos processuais diferentes. No caso da acção preventiva, como na figura alemã da *vorbeugende Unterlassungsklage*, a pretensão do autor será admissível se o acto iminente for ilegal e lesivo. Neste caso a “marca” da perspectiva subjectivista é muito forte. Não basta a mera ilegalidade, esta deve por em risco direitos ou interesses legalmente protegidos, não precisando, no entanto, de produzir efeitos lesando-os efectivamente.

A inter-relação aprofunda-se se for aceite a possibilidade de recorrer ao mecanismo da modificação objectiva da instância se, durante o decurso de uma acção de condenação à abstenção da prática de acto, esse acto for praticado. A acção de condenação à abstenção poderia tornar-se, desta forma, uma espécie de “antecâmara” da acção de impugnação do acto. Isto poderia levar a que as decisões judiciais no âmbito destas últimas fosse mais céleres. Além disso, não existe nada de objectivamente mau na substituição de um meio processual por outro, caso este revele uma maior capacidade de tutela jurisdicional efectiva em resposta a necessidades dos cidadãos.

– por ser ilegal.

82. É, por fim, enunciado um risco de proliferação de processos que poderia levar à paralisação dos tribunais. Este é um risco que devemos ter presente, mas que não é exclusivo desta acção. Será de esperar que os requisitos processuais rigorosos e uma avaliação severa da necessidade de tutela por parte dos tribunais possa obviar a esse perigo. Não nos devemos esquecer, no entanto, que, até este momento, em relação à acção objecto da nossa investigação, essa proliferação, manifestamente, não aconteceu.

B.4. Eventual aplicação analógica do artigo 39.º do CPTA

83. Mas então, a que regra devemos recorrer para aferir do interesse processual nos casos de condenação à omissão ou abstenção de comportamentos? A doutrina tem vindo a propor, neste caso, a aplicação do artigo 39.º que, a propósito das acções meramente declarativas ou de simples apreciação, estabelece a exigência da verificação de certos requisitos para o preenchimento do interesse em agir como pressuposto processual¹²⁸. É de considerar, assim, que não pode deixar de ser aplicável o artigo 39.º às acções do artigo 37.º, n.º2, alínea c), *in fine*. Passamos assim a ter um regime legal em que nos podemos basear para aferir da existência de interesse processual.

Neste caso, lendo o artigo 39.º com as devidas adaptações, os pedidos de condenação à abstenção de comportamentos podem ser deduzidos por quem invoque utilidade ou vantagem imediata, para si, na declaração judicial pretendida, designadamente por existir uma situação de incerteza de ilegítima actuação da Administração, ou de fundado receio de que a Administração venha a actuar de forma lesiva baseada numa avaliação incorrecta ou ilegal da situação jurídica em causa.

B.5. Consequências do não preenchimento dos pressupostos processuais

¹²⁸ M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 267; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 61; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, p. 184, nota 327; V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, p. 435.

84. Como a acção de que tratamos se enquadra na acção administrativa comum, é de aferir o seu regime substantivo, como por exemplo, as consequências do não preenchimento dos seus pressupostos processuais, face ao regime da lei processual civil.

A inexistência de interesse processual é uma excepção dilatória, pois corresponde à falta de um pressuposto processual (artigo 493.º, n.º 2, do CPC). A frustração do preenchimento deste pressuposto implica, como a generalidade das excepções dilatórias, a absolvição do réu da instância (artigos 493.º, n.º 2, e 288.º, n.º 1, alínea e), do CPC).

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA¹²⁹ faz, no entanto, uma ressalva à aplicação literal deste preceito. Como o estabelecimento do pressuposto do interesse processual visa, entre outros objectivos, a protecção da contraparte e a economia processual, sempre que seja possível ao tribunal concluir pela improcedência da acção, pronunciando-se sobre a questão de fundo, deve fazê-lo em vez de se limitar a absolver o réu da instância. Se o pressuposto processual visa a protecção da contraparte não faz sentido absolvê-lo se com a improcedência da acção esta obtém um resultado que lhe é mais favorável, graças aos efeitos de caso julgado. Também o princípio da economia processual é melhor prosseguido. Esta ressalva é de aplicar também na acção de que tratamos.

C. Tempestividade

85. Não está estabelecido nenhum prazo específico para a interposição desta acção. Parece ser apenas necessário que (ainda) nenhum acto administrativo tenha sido praticado. Os limites temporais de admissibilidade da acção dependem dos casos concretos.

No caso de uma acção de condenação à abstenção de mera actuação administrativa já iniciada, é necessário que esta já tenha começado a ser executada, e ainda não tenha terminado.

No caso de uma acção de condenação à abstenção de mera actuação administrativa iminente é necessário que já exista um risco razoável da sua existência (que tem de compreender que a actuação já esteja o suficientemente determina-

¹²⁹ M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse processual na acção declarativa*, pp. 37 a 39. Cfr. também *Idem*, “Sobre a qualidade de parte processual”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 892 ss..

da para permitir o juízo de contrariedade ou conformidade à lei) e que esta ainda se não tenha iniciado.

No caso de uma acção de condenação à abstenção da prática de um acto administrativo surgem algumas dúvidas. A questão prende-se com a determinação de a partir de quando se pode pedir a condenação à abstenção. A lei fornece o requisito da sua probabilidade, que foi discutido *supra*. Assim, a partir do momento em que o acto seja provável, pode o lesado interpor uma acção. De qualquer forma, é certo que a acção é teoricamente admissível a partir do início do procedimento administrativo e ao longo do decurso do mesmo. No entanto, a interposição da acção tem de ser prévia ao momento da emissão de um acto com eficácia externa, pois a partir desse momento devemos recorrer à acção administrativa especial. Isto devido à supletividade da acção administrativa comum face à especial (artigo 37.º, n.º 1). Se o acto foi praticado e é passível de impugnação através da acção administrativa especial, então deve ser esta a utilizada.

No caso de uma acção de condenação à abstenção da emissão de norma, a ser admitida essa figura, ela estaria dependente dos mesmos limites temporais, com as devidas adaptações, da condenação à abstenção de prática de acto. Ou seja, é admissível a partir do momento em que a emissão do regulamento se revele provável e deixa de o ser quando for emitido.

86. Outro problema é qual o momento a que devemos dar relevância para efeitos de fim de admissibilidade de interposição desta acção: a prática do acto, a notificação ou a publicação? A resposta deve ser muito simples. Sendo este, do ponto de vista que adoptamos, um meio processual justificado pela garantia de uma tutela judicial efectiva no sentido de total e sem lacunas, ou seja, visando cobrir a tutela nos casos em que esta não é assegurada pelos outros meios, só uma solução é possível: a acção deixa de ser admissível a partir do momento em que outra passar a ser. Esta solução também nos é imposta pela própria natureza da acção administrativa comum como acção subsidiária (artigo 37.º, n.º1).

IV. Deveres da Administração

87. Se o tribunal aceitar conhecer da acção, deve a Administração enviar o processo administrativo para apensação aos autos (artigo 84.º). Esta é uma so-

lução que não resultaria directamente do regime da acção administrativa comum, aplicável à acção do artigo 37.º, n.º 2, alínea c), que remete para o CPC. No entanto, é de considerar esta solução uma decorrência do princípio da cooperação e boa fé processual (artigo 8.º, n.º 3) e mais um caso de interpretação adaptativa do regime do artigo 37.º, n.º 2, alínea c), com regras da acção administrativa especial. Um problema que se poderia levantar seria decorrente da obrigação de envio do original do processo quando este pode continuar a decorrer na Administração. A ser obrigatório o envio do original do processo, a propositura da acção teria um efeito (na prática) suspensivo do procedimento. Este é um caso claro de aplicação do artigo 84.º, n.º 3, ou seja, em que se pode substituir o original do processo por fotocópias autenticadas do mesmo.

A Administração tem também o dever de dar conhecimento ao tribunal de eventuais desenvolvimentos supervenientes do procedimento.

V. Alteração objectiva da instância

88. Um dos problemas que se pode colocar na aplicação do artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*, é o da possibilidade de o acto vir a ser praticado durante a pendência da acção, por não ter sido decretado nenhum meio de tutela cautelar e a acção ainda não ter conhecido decisão final passada em julgado. Nesse caso, gerar-se-ia uma situação de inutilidade superveniente da lide com conseqüente absolvição da instância. Isto porque, tendo o acto sido praticado, passamos necessariamente para o âmbito da acção administrativa especial, para uma acção de impugnação ou de condenação à prática do acto devido. Essa é uma das críticas ou fragilidades apontadas a esta acção. É equacionado, no entanto, pela doutrina, a possibilidade de uma aplicação analógica do artigo 63.º de forma a evitar o completo desaproveitamento de tudo quanto já tivesse sido judicialmente estabelecido ao longo do processo¹³⁰.

Essa solução é, sem dúvida, a mais razoável. Também é a mais consentânea com o actual regime do contencioso, pois é possível fazer uma analogia com os casos do artigo 63.º bem como do artigo 70.º. A analogia pode ser baseada na proximidade material entre esta acção e a acção administrativa especial. O princípio *pro actione* ou da promoção do processo, expresso no artigo 7.º, parece

¹³⁰ M. ESTEVES DE OLIVEIRA / R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, pp. 266-267.

oferecer ao juiz, mais do que uma directiva, uma ordem nesse sentido. Nem se poderia argumentar contra esta solução colocando como obstáculo o facto de se passar do âmbito da acção administrativa comum para a acção administrativa especial, uma vez que o mesmo princípio do artigo 7.º impõe a restrição do recurso a expedientes formais para obstar ao conhecimento da causa. Torna-se, assim, possível ampliar o pedido de forma a englobar, por exemplo, não só a condenação à abstenção da prática de acto com determinado conteúdo, mas também a impugnação de acto entretanto praticado com esse conteúdo. Seria, assim, um dos casos de “adaptação” das normas processuais da acção prevista no artigo 37.º, n.º 2, alínea c), com princípios gerais da regulação da acção administrativa especial. É também mais um motivo para criticar a solução legislativa de colocar a acção de condenação à abstenção em sede de acção administrativa comum e não na acção administrativa especial.

VI. Possibilidade de tutela cautelar

89. A acção do artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*, possibilita o recurso à tutela cautelar. Não só por o artigo 112.º, n.º 1, estar preenchido, mas também porque é um dos exemplos expressamente previstos pelo artigo 112.º, n.º 2, na sua alínea f). É natural que, talvez até na maioria dos casos em que não seja concedida a providência cautelar, o acto venha a ser praticado antes da existência de uma decisão de fundo sobre a causa passada em julgado. A possibilidade de tutela cautelar é, pois, essencial porque permite, nestes casos, aos particulares paralisar a actuação da Administração evitando a continuação da lesão ou a inutilidade da sentença perante factos consumados. Até porque, uma vez que não se trata de uma acção urgente, a sua instauração não tem qualquer efeito inibitório e os recursos, no nosso contencioso, têm, regra geral, natureza meramente devolutiva e não suspensiva (artigo 143.º, n.º 1). Só assim não será se faltar um longo período de tempo para a prática do acto (porque o particular interpôs a acção no início do procedimento e este é muito complexo, por exemplo), ou se a acção for usada como chamada de atenção, tentando prevenir a Administração contra a prática de acto pretensamente ilegal (caso em que a existência de interesse processual é discutível).

O facto de o efeito útil destas acções depender, na maioria dos casos, da tutela cautelar¹³¹, não levanta problemas por si só. Existem casos de acções de impugnação de actos administrativos em que a utilidade prática da sentença também depende da existência de medidas cautelares.

90. A adopção das providências cautelares depende do preenchimento dos critérios de decisão constantes do artigo 120.º. Tratando-se do artigo 112.º, n.º 2, alínea *f*), no exemplo de uma medida conservatória, terão que se provar os requisitos do artigo 120.º, n.º 1, alínea *b*), o que, depois de passar pelo duro teste de admissibilidade, não deve ser difícil. A possibilidade de interposição de uma providência cautelar preliminar permite ao particular parar o decorrer do procedimento antes mesmo de propor a acção. Essa possibilidade pode ser muito útil nos casos em que já está a ser lesado ou quando o procedimento é especialmente complexo¹³². O regime das medidas cautelares não será analisado neste momento por levantar problemas específicos que não se encontram no âmbito da presente investigação.

VII. Sentença

A. Características da sentença

91. Numa acção em que a pretensão do particular se dirige à condenação à abstenção ou omissão de comportamentos lesivos ilegais, a sentença emitida pelo tribunal caracteriza-se por ser inibitória. Ou seja, como foi referido *supra*, a sentença é constituída por uma verdadeira ordem no sentido de obrigar a contraparte a abster-se de adoptar determinada conduta futura julgada ilegal e lesiva. A sentença impõe um limite à actuação administrativa, que perde a liberdade de se comportar de determinada maneira ou de dispor em determinado sentido. No entanto, a Administração só pode ser condenada a abster-se da prática de actos ilegais, por isso podemos considerar que, se o comportamento era ilegal, então a Administração não poderia agir dessa maneira. Nesse sentido podemos dizer que a sentença se limita a esclarecer as vinculações legais da Adminis-

¹³¹ M. ESTEVES DE OLIVEIRA / R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, pp. 266-267.

¹³² Cfr., com uma posição crítica, D. FREITAS DO AMARAL, “As providências cautelares no novo contencioso administrativo”, in *CJA*, n.º 43, 2004, pp. 43 ss.. Cfr. também J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Tutela Cautelar”, in *CJA*, n.º 34, 2002, pp. 45 ss..

tração e os limites da sua competência¹³³. Trata-se de uma acção preventiva por- que permite reagir contra uma ilegalidade antes da Administração se comportar de forma ilegal.

92. A sentença deve ser condenatória, quando e na medida em que o acto seja proibido, ou a sua abstenção devida. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA enumeram esses casos¹³⁴. A saber: quando a medida ou efeito do acto não estiver legalmente previsto como possível, quando o acto for expres- samente proibido, quando a lei conferir um direito ao particular de uma absten- ção de uma determinada actuação administrativa e, por fim, quando os pressu- postos legais da prática do acto não poderem verificar-se, seguramente, no caso concreto. Nos três primeiros casos estamos perante actos proibidos em abstrac- to e no último em concreto, trata-se, portanto, uma situação de redução da dis- crecionarietà a zero. Quando a prática do acto depende do juízo discricionário da Administração, então não pode haver condenação – senão havia um juízo de conveniência ou oportunidade¹³⁵.

Ao analisar os poderes de pronúncia do tribunal neste caso, concluímos que o raciocínio deve ser próximo do feito face aos poderes de pronúncia do tri- bunal em condenação à prática do acto devido, ou seja, do artigo 71.º, especial- mente o seu n.º 2. Esse raciocínio justifica-se em nome da proximidade material entre as duas acções, que já foi referida e que nos levou a defender a interpreta- ção adaptativa das normas de processo da acção do artigo 37.º, n.º 2, alínea c), recorrendo aos princípios da acção administrativa especial. Até porque a sen- tença condenatória à prática do acto devido também tem uma dimensão manda- mental inibitória pois, ao esclarecer como deve a Administração agir impõe mo- dalidades de actuação vedadas, tem um alcance negativo¹³⁶. Assim, e continuan- do o raciocínio analógico, a sentença condenatória deve estabelecer o quadro de facto e de direito em que a Administração não pode agir naquele caso (consti- tuindo uma condenação genérica de abstenção), mesmo que não seja possível

¹³³ A Administração só pode agir até aos limites da sua competência. Se a sentença se limita a esclarecer quais são esses limites, não está na verdade a limitar os poderes da Administra- ção.

¹³⁴ M. ESTEVES DE OLIVEIRA / R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Adminis- trativos*, pp. 267 -268.

¹³⁵ V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo*, p. 416.

¹³⁶ Isto apesar de, como também já foi referido *supra*, a sentença resultante da impugnação de um acto ter também uma dimensão inibitória.

explicitar se existe o dever de abstenção. Se o pedido de condenação à abstenção de acto iminente envolve a «formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível», o tribunal apenas poderá «explicitar as vinculações a observar pela Administração» em relação à prática daquele acto. Desta forma, também no âmbito desta acção podemos encontrar processos de geometria variável, que, dependendo das circunstâncias do caso concreto, podem produzir sentenças com alcance diverso.

Os poderes de pronúncia dependem também do grau de concretização do dever da Administração se abster. O tribunal deve analisar se existe vinculação quanto à abstenção ou proibição de prática do acto

B. Limites do caso julgado

93. Como vimos no ponto anterior, pode considerar-se que a sentença, ao condenar a Administração a abster-se de determinado comportamento, está a vedar uma sua actuação, a barrar-lhe um determinado caminho. É necessário, por isso, esclarecer quais são os limites do caso julgado, uma vez que a sentença não pode ser entendida como vinculando para sempre a Administração a não actuar daquela forma. Desde logo, porque podem existir alterações no quadro de circunstâncias de facto ou de Direito (por exemplo, uma alteração legislativa) que tornem aquela actuação admissível face ao “bloco legal” de vinculações da Administração. A sentença condenando a Administração a não actuar de determinada forma por lhe ser, naquele momento, vedado esse comportamento, não pode limitar para todo o sempre a competência da Administração naquela actuação. Por tudo isto, é de crucial importância o cabal esclarecimento de quais serão os limites do caso julgado.

94. Desde logo, podemos apontar como limites os pressupostos, de facto e de direito, que fundaram a emissão da sentença. Esta deve também especificar que actuação material, acto administrativo ou norma regulamentar em concreto é que a Administração fica proibida de adoptar. Ou seja, deve estabelecer qual o conteúdo concreto do comportamento, que equivale à exigência expressa do particular que no pedido a deve, desde logo, apontar, e que é constitutivo do seu

dever de abstenção. Também pode estabelecer, em alternativa, em que circunstância opera o seu efeito inibitório para se saber sem dúvidas qual o âmbito do caso julgado. Outra alternativa seria o especificar pela sentença de quais as alterações, de facto ou Direito, que tornariam aquele comportamento admissível.

De qualquer forma deve entender-se que a sentença terá sempre implícita uma cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, o seu caso julgado terá como limites a manutenção das circunstâncias de facto e de direito. Se a lei mudar, se as condições de facto mudarem, aí, na medida da mudança, já não estaremos dentro do caso julgado¹³⁷, uma vez que estaremos face a uma situação diferente. É claro que não queremos com isto admitir a revisão da sentença (desde logo, porque *tempus regit actum*), apenas estabelecer os limites temporais do caso julgado. A alteração de circunstâncias cria uma nova situação na qual a vinculação da Administração a não actuar de determinada forma pode deixar de fazer sentido.

C. Execução de sentença

95. As sentenças dos tribunais administrativos são passíveis de constituir título de legitimidade para a interposição de uma acção de execução quando a Administração não cumpre os deveres nelas expressamente contidos ou extraíveis, pelo menos em tempo útil¹³⁸. Se, no âmbito da acção objecto de investigação, for proferida uma sentença contra particulares, o seu processo executivo também decorre junto dos tribunais administrativos, mas segue a lei processual civil (artigo 157.º, n.º 2), devendo as suas especificidades ser estudadas nesse âmbito¹³⁹.

96. As sentenças do tipo inibitório, por imporem uma abstenção, só comportam execução em caso de serem expressamente violadas, ou seja, quando a Administração, ilicitamente, agir (artigo 158.º, n.º 2). No entanto, outro dos problemas que se pode colocar à luz do actual regime do contencioso face à ac-

¹³⁷ M. AROSO DE ALMEIDA, “Novas perspectivas para o contencioso administrativo”, in *Juris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998, pp. 560 ss..

¹³⁸ Cfr., sobre esta matéria, a reflexão, por ocasião da reforma do contencioso, de M. AROSO DE ALMEIDA, “Pronúncias Judiciais e sua execução na reforma do contencioso administrativo”, *CJA*, n.º 22, 2000, pp. 71 ss..

¹³⁹ M. AROSO DE ALMEIDA, “Implicações de Direito Substantivo da Reforma do Contencioso Administrativo”, p. 79.

ção prevista no artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*, e que é apontado pela doutrina¹⁴⁰ é a indefinição de qual será o processo de execução de sentenças a que o particular pode recorrer para obter a satisfação da sua pretensão neste caso, ou seja, de obrigar a Administração a abster-se da prática de meras actividades ou de declarar a nulidade do acto praticado ou norma emitida desrespeitando sentença judicial.

Para VIEIRA DE ANDRADE, este é um dos tipos de sentenças que não tem um processo executivo expressamente previsto, tratando-se de uma lacuna¹⁴¹. Não se prevê em lado algum «a execução de sentenças que imponham uma obrigação que tenha por objecto um facto negativo, seja de não fazer (*non facere*), seja de suportar (*pati*)». Estando nós no âmbito da acção administrativa comum, no caso de execução de uma sentença mandamental inibitória, que impõe, quer a não perturbação, quer a cessação da perturbação de direitos através de actuações materiais, o processo de execução dessa sentença implicará, por exemplo, a condenação na prestação de facto positivo destinado à remoção ou à destruição da perturbação. Para o Autor restam-nos, em princípio duas soluções. Pode acontecer, tal como nos indica também aqui a legislação processual civil, que em certos casos deva haver lugar a execução específica. Noutros casos, quando isso não for possível pela «*infungibilidade do acto*», apenas restará ao exequente uma «*indemnização por inexecução ilícita, quando não tenha havido condenação a uma sanção pecuniária compulsória*». Não é referido, pelo Autor, que solução, especificamente, se deve dar à execução de sentença violada que condene a Administração a não praticar o acto ou não emitir norma.

97. Nesse caso, a solução que propugnamos é a da aplicação do regime de execução para a prestação de facto, uma vez que foi a isto que a Administração foi condenada, à prestação de um facto negativo (porque é nisso que a abstenção redundava) e infungível (porque só a Administração se pode abster do comportamento). No entanto, reconhecemos que o regime legal muitas vezes não pode ser aplicável directamente, sem algum esforço adaptativo, pois parece pensado para os casos de prestação de facto positivo. É assim aplicável, com as devidas adaptações, o artigo 168.º, nomeadamente o seu n.º 3, e a possibilidade de de-

¹⁴⁰ Cfr., por exemplo, R. CHANCERELLE DE MACHETE, “Execução de Sentenças Administrativas”, in *CJA*, n.º 34, 2002, pp. 63-64.

¹⁴¹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, p. 372.

dução de pedido de indemnização devida a título de responsabilidade civil por inexecução da sentença. A declaração de nulidade do acto administrativo praticado em desrespeito de sentença judicial (artigo 158.º, n.º 1 e 2), como neste caso necessariamente é, deve ser pedida pelo requerente na petição de execução (artigo 164.º, n.º 3).

Onde nos deparamos com grandes dificuldades é em encontrar um regime adequado para a execução de sentenças que condenem a Administração à não emissão de regulamentos. Os mais cépticos em relação a esta figura encontraram aqui mais um argumento para a sua inadmissibilidade. No entanto, a solução encontra-se numa interpretação extensiva¹⁴² do artigo 164.º, n.º 3, pois a norma assim emitida, por ser contrária a uma sentença, é necessariamente nula (artigo 158.º, n.º 1). Assim, pode o tribunal conhecer dessa nulidade, declarando-a, mesmo em sede de execução de sentenças.

98. A possibilidade de condenação a sanções pecuniárias compulsórias em sentenças inibitórias parece não estar directamente prevista na letra do artigo 169.º, n.º 1, uma vez que aí apenas se fala em “atraso”. No entanto, isto não pode ser considerado conclusivo, uma vez que são previstas tais sanções nos artigos 110.º e 127.º, n.º 2. Para além disso, VIEIRA DE ANDRADE entende que é sobretudo em casos de condenação para prestação de facto infungível negativo, especialmente se se tratar de obrigações douradoras, que estas sanções fazem sentido¹⁴³.

D. Causas legítimas de inexecução

99. Comportará a execução de uma sentença proferida no âmbito de uma acção prevista no artigo 37.º, n.º 2, alínea c), *in fine*, a possibilidade de invocação por parte da Administração de causas legítimas de inexecução (artigo 163.º)?

O artigo 163.º, n.º 1, estabelece os únicos dois casos em que pode existir essa invocação¹⁴⁴. A primeira é a impossibilidade de execução que exprime o

¹⁴² Ou uma analogia (*legis*) que se justifica pela existência da lacuna e por a *ratio* das situações ser, na nossa opinião, muito próxima.

¹⁴³ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, p. 372, nota 790 e p. 380.

¹⁴⁴ Sobre esta temática, cfr. D. FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, pp. 125 ss..

brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*. Neste caso, pelo facto de o acto ter sido praticado, torna-se manifestamente impossível voltar atrás, ou seja, a Administração está de todo impedida de reconstituir a situação actual hipotética devido à própria natureza das coisas¹⁴⁵. Para que esta causa de inexecução possa ser invocada, tem de se verificar a existência de uma impossibilidade absoluta (não basta que a reconstituição seja muito onerosa), definitiva (não basta ser temporária) e não culposa. No caso da condenação à abstenção, falta sempre este último requisito pois a Administração, ao agir, pratica um acto ilegal, sabendo necessariamente que o era, pois tal já tinha sido declarado numa sentença. Para além disso, contraria voluntariamente o seu dever de observância das decisões judiciais (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição). Logo, nunca se poderá invocar a existência de uma causa legítima de inexecução por esta via, a inexecução que se verificar terá de ser considerada inexecução ilícita.

100. Outro caso possível de causa legítima de inexecução é o grave prejuízo para o interesse público. Este caso tem limites e requisitos muito mais discutidos. Baseia-se na ideia que se deve fazer um juízo de proporcionalidade entre interesses públicos e particulares (não nos esquecendo que o interesse de executar as sentenças é um interesse público), para que, como a execução da sentença comporta um excepcional prejuízo para o interesse público, se justifique a substituição da reconstituição actual hipotética por uma indemnização.

Não é admissível a invocação desta causa de inexecução porque isso seria admitir que a Administração, em determinadas situações, poderia violar a legalidade que a vincula, limita e legitima. Seria admitir que a Administração poderia praticar actos ilegais, sobre os quais não há dúvidas da sua ilegalidade, uma vez que foi pronunciada por um tribunal numa sentença, em nome do interesse público. Seria, enfim, admitir que a Administração pode ignorar os ditames da legalidade invocando um maior interesse público. Tudo isto é inadmissível por várias ordens de razões. Desde logo, por aqui se tratar de uma situação diferente da situação habitual de invocação desta causa de inexecução. Ou seja, neste caso, não se trata de destruir efeitos de uma actuação que a Administração considerava legal (em princípio), mas de permitir que esta actue quer contra a lei, quer contra uma sentença judicial, ambas vinculadoras em absoluto da sua acti-

¹⁴⁵ Como exemplos temos o caso de abate de plantas ou animais e a proibição de protesto contra visita de líder estrangeiro.

vidade. Nunca pode a Administração invocar, numa situação de normalidade e sem a invocação de um estado de excepção¹⁴⁶, um superior interesse público que justifique a sua actuação *contra legem*, uma vez que é nessa legalidade que ela encontra a legitimação e os limites da sua actuação. Se partirmos desta premissa, nunca poderemos admitir neste caso a admissibilidade desta causa legítima de inexecução. Mesmo se a considerássemos admissível, sempre teria a Administração de pagar uma justa indemnização pelo sacrifício imposto ao particular.

¹⁴⁶ Como o estado de necessidade administrativo (artigo 3.º, n.º 2, do CPA), ou o estado de sítio ou estado de emergência previstos na Constituição (artigo 19.º do Constituição).

Abreviaturas

- Abs.: [*Absatz*] alínea;
- BayVBl: *Bayerische Verwaltungsblätter*;
- BayVGH: *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*;
- BGB: [*Bürgerliches Gesetzbuch*] Código Civil alemão;
- BVerwG: [*Bundesverwaltungsgericht*] Tribunal Administrativo Federal Alemão;
- CEJ: Centro de Estudos Judiciários;
- CJA: Cadernos de Justiça Administrativa;
- CP: Código Penal;
- CPA: Código do Procedimento Administrativo;
- CPC: Código do Processo Civil;
- CPTA: Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais;
- DVBl: *Deutsches Verwaltungsblatt*;
- E: [*Entwurf*] minuta;
- ETAF: Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais;
- GG: [*Grundgesetz*] Lei Fundamental alemã;
- K.B.: [*King's Bench*] Tribunal de Recurso britânico;
- NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*;
- NVwZ: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*;
- RJIGT: Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro);
- RJUE: Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (Decreto-Lei 555/99, de 16 de Dezembro);
- ROA: Revista da Ordem dos Advogados;
- OLG: [*Oberlandesgericht*] Tribunal de Recurso em matéria cível alemão;
- OVG: [*Oberverwaltungsgericht*] Tribunal de Recurso em matéria administrativa alemão;
- VBlBW: *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*;
- VG: [*Verwaltungsgericht*] Tribunal Administrativo alemão;
- VGH: [*Verwaltungsgerichtshof*] Tribunal de Recurso administrativo alemão;
- VwGO: [*Verwaltungsgerichtordnung*] Código das Jurisdições Administrativas alemão.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de
- *Anulação de actos administrativos e relações emergentes*, Coimbra, Almedina, 2002.
 - “Implicações de Direito Substantivo da reforma do Contencioso Administrativo”, in *CJA*, n.º 34, 2002.
 - “Novas perspectivas para o contencioso administrativo”, in *Juris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998.
 - *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004.
 - “Pronúncias Judiciais e sua execução na reforma do contencioso administrativo”, in *CJA*, n.º 22, 2000.
 - *Sobre a autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1994.
- ALMEIDA, Mário Aroso de/CADILHA Carlos Alberto Fernandes
- *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2005.
- ALVES, Pedro Delgado
- “O novo regime de impugnação de normas”, in *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo – Estudos Sobre a Reforma do Processo Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2005.
- AMARAL, Diogo Freitas do
- “As providências cautelares no novo contencioso administrativo”, in *CJA*, n.º 43, 2004.
 - *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997.
- AMARAL, Diogo Freitas do/ALMEIDA, Mário Aroso de
- *Grandes linhas da reforma do Contencioso Administrativo*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de
- *A Justiça Administrativa*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004.
 - “Tutela cautelar”, in *CJA*, n.º 34, 2002.
- AYALA, Bernardo Diniz de
- “Âmbito da Jurisdição Administrativa e Delimitação dos Meios Processuais”, in *A Nova Justiça Administrativa*, CEJ, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
 - “A administração informal: mais uma aparente (?) reserva de administração perante os tribunais (?)”, URL disponível em <http://www.oa.pt/Uploads/%7BD59FC3C5-BC9B-4EA8-B2A0-B449E3914636%7D.doc>.
- CAETANO, Marcello
- *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1977.
- CADILHA, ANTÓNIO
- “A actividade administrativa informal de cooperação”, in *ROA*, Ano 67, I - Jan, 2007,
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes
- *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2006.
 - “Intimações”, in *CJA*, n.º 16, 1999, pp. 62 ss..
 - “Legitimidade Processual”, in *CJA*, n.º 34, 2002, pp. 9 ss.
 - “A reforma do contencioso administrativo: debate público”, in *CJA*, n.º 21, 2000
- CALVÃO, Filipa
- “As actuações administrativas no direito do ambiente” in *Direito e justiça*, XIV, 2000, tomo 3.

- CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital
- *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.^a edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo
- “Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
 - *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lisboa, Lex, 2005.
 - *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, (reimpresão da edição de 1987), Coimbra, Almedina, 2003.
 - “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, in *Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação*, n.ºs 9/10, Janeiro – Junho, 1994.
 - “Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo”, in *CJA*, n.º 22, 2000.
- DIAS, Eduardo Rocha
- “Fundamento constitucional das advertências administrativas relativas ao tabaco e das restrições à publicidade de cigarros”, in *RFDUL*, XLVI – n.º 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- DUARTE, David
- *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra, Almedina, 2006.
- FOLQUE, André
- *Curso de Direito da Urbanização e da Edificação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
 - *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os municípios*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- GAMA, João Taborda da
- *A promessa unilateral de acto administrativo*, Lisboa, F.D.L., 2001.
 - *Decisão de auto vinculação e acto administrativo devido*, Lisboa, Inédito, 2003.
 - *Promessas administrativas. Da decisão de autovinculação ao acto devido*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D.
- *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, Almedina, 2007.
 - *Da Justiça Administrativa em Portugal – Sua Origem e Evolução*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994.
- GLAESER, Walter Schmitt/HORN, Hans-Detlef
- *Verwaltungsprozessrecht: Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung*, 15. neubearb. Aufl., Stuttgart, Boorberg, 2000.
- GOMES, Carla Amado
- *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
 - “Dúvidas não metódicas sobre o novo processo de impugnação de normas do CPTA”, in *CJA*, n.º 60, 2007.
- GONÇALVES, Pedro
- “A acção administrativa comum”, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, BFDUC, Colloquia – 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
 - “Advertências da Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001.
- HUFEN, Friedhelm
- *Verwaltungsprozessrecht*, 2. überarbeitete Auflage, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996.
- IBAÑEZ, Santiago J- Gonzalez-Varas

- *La Jurisdiccion Contencioso-Administrativa en Alemania*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.
- KUHLA, Wolfgang/HÜTTENBRINK, Jost/ENDLER, Jan
 - *Der Verwaltungsprozess*, 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2002.
- KOPP/SCHENKE
 - *Verwaltungs-gerichtsordnung*, 12., neubearbeitete Auflage, München, Verlag C. H. Beck.
- LOMBA, Pedro
 - “Problemas da actividade administrativa informal”, in *RFDUL*, XLI – n.º 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- LUÍS, Sandra Lopes
 - “As actuações Informais da Administração – Breves Considerações”, in *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo – Estudos Sobre a Reforma do Processo Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2005.
- MACHETE, Pedro
 - *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coimbra, Almedina, 2007.
- MACHETE, Rui Chancerelle de
 - “Execução de sentenças administrativas”, in *CJA*, n.º 34, 2002.
- MENDES, João de Castro
 - *Direito Processual Civil*, II, Lisboa, AAFDL, 1978.
- MIRANDA, João
 - *A dinâmica jurídica do planeamento territorial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui
 - *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa
 - “A sentença Mandamental – Da Alemanha ao Brasil”, in *RFDUL*, XL, n.ºs 1-2, 1999, p. 261 ss.
- NEVES, Maria José Castanheira/OLIVEIRA, Fernanda Paula/LOPES, Dulce
 - *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, comentado*, Coimbra, Almedina, 2006.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de/ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de
 - *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, I, Coimbra, Almedina, 2004.
- OTERO, Paulo
 - *Legalidade e Administração Pública O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003.
- REDEKER/von OERTZEN
 - *Verwaltungs-gerichtsordnung*, 9. Auflage, Stuttgart... [et al.], W. Kohlhammer, 1988.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger
 - *Verwaltungsprozessrecht*, 7. neubearb. Aufl, Heidelberg, Müller, 2000.
- SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares
 - *Actuações informais da administração – verdade ou mito?*, Coimbra, Inédito, 1998.
 - “Actuações urbanísticas informais e medidas de diversão em matéria de urbanismo”, in *CEDOUA*, III-1, 2000.
- SILVA, Vasco Pereira da
 - *Em busca do acto administrativo perdido*, (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003.
 - “A acção para o reconhecimento de direitos”, in *CJA*, n.º 16, p. 41 ss., Braga, 1999.

- *O Contencioso Administrativo no divã da psicanálise*, Coimbra, Almedina, 2005.
- SIEMER, Hermann
- *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes – Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1985.
- SOUSA, Miguel Teixeira de
- *O interesse processual na acção declarativa*, Lisboa, AAFDL, 1989.
 - “Sobre a qualidade de parte processual”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume 1, Coimbra, Almedina, 2002.
- ULE, Carl Hermann
- *Verwaltungsprozeßrecht*, 9. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1987.
- WOLFF, Hans J./BACHOF, Otto/STOBER, Rolf
- *Direito Administrativo*, I, trad. António F. de Sousa, Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 2006.
 - *Verwaltungsrecht*, I, 10.^a edição, Lehmanns, Munique, 1994.